

DIE GRUNDRECHTE DES UNTERSUCHUNGSGEFANGENEN

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Albert-Ludwigs-Universität

zu Freiburg i. Br.

vorgelegt von

Referendar BRUN-HAGEN HENNERKES

aus Queidersbach

1966



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543128_0064

DIE GRUNDRECHTE DES UNTERSUCHUNGSGEFANGENEN

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Albert-Ludwigs-Universität

zu Freiburg i. Br.

vorgelegt von

Referendar BRUN-HAGEN HENNERKES

aus Queidersbach

1966



Dekan: Prof. Dr. Horst Ehmke

Referent: Professor Dr. Konrad Hesse

Korreferent: Professor Dr. Thomas Würtenberger

Tag der mündlichen Prüfung: 25. Juli 1966

Lebenslauf

Einleitung

1. Der Begriff der Lebenslaufzeit und die
Bedeutung der Lebenslaufzeit für die
Menschen.

2. Der Begriff der Lebenslaufzeit.

3. Die Bedeutung der Lebenslaufzeit
für die menschliche Existenz.

Meinen lieben Eltern in Dankbarkeit

4. Die Bedeutung der Lebenslaufzeit.

5. Die Bedeutung der Lebenslaufzeit für
die menschliche Existenz.

6. Die Bedeutung der Lebenslaufzeit für die
menschliche Existenz.

7. Die Bedeutung der Lebenslaufzeit für die
menschliche Existenz.

8. Die Bedeutung der Lebenslaufzeit für die
menschliche Existenz.

9. Die Bedeutung der Lebenslaufzeit für die
menschliche Existenz.

10. Die Bedeutung der Lebenslaufzeit für die
menschliche Existenz.

11. Die Bedeutung der Lebenslaufzeit für die
menschliche Existenz.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	S. 1
A. Der Begriff der Untersuchungshaft und die gesetzlichen Voraussetzungen ihrer Verhängung	S. 3
I. Der Begriff der Untersuchungshaft	S. 3
1. Das Institut der Untersuchungshaft als Ausdruck eines Interessengegensatzes zwischen Staat und Einzelnem	S. 3
2. Definition der Untersuchungshaft	S. 6
II. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Verhängung der Untersuchungshaft	S. 7
B. Die Begrenzung der Grundrechte des Untersuchungsgefangenen durch positives Recht	S. 11
I. Die Notwendigkeit einer getrennten Betrachtung von Anordnung und Vollzug der Untersuchungshaft	S. 11
1. Die durch die Anordnung der Untersuchungshaft inhaltlich berührten Grundrechte	S. 12
2. Die durch den Vollzug der Untersuchungshaft inhaltlich berührten Grundrechte	S. 14
II. § 112 StPO als gesetzliche Grundlage der sich aus der Verhaftung ergebenden Grundrechtsbegrenzungen	S. 17
III. § 119 Abs. 3 StPO als gesetzliche Grundlage der sich aus dem Vollzug der Untersuchungshaft ergebenden Grundrechtsbegrenzungen	S. 20

IV. Die UVollzO als Grundlage der sich aus dem Vollzug der Untersuchungshaft ergebenden Grundrechtsbegrenzungen	S. 24
C. Die Begrenzung der Grundrechte des Untersuchungsgefangenen durch Gewohnheitsrecht	S. 26
D. Die Begrenzung der Grundrechte des Untersuchungsgefangenen durch das Institut des besonderen Gewaltverhältnisses	S. 27
I. Das besondere Gewaltverhältnis in der Zeit des Rechtspositivismus	S. 28
1. Das allgemeine Gewaltverhältnis	S. 30
a) Der Staat als Rechtssubjekt	S. 30
b) Die Staatsgewalt	S. 32
c) Staatszweck und Recht als Grenze der Staatsgewalt	S. 34
2. Das besondere Gewaltverhältnis	S. 38
II. Die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis in der Weimarer Zeit	S. 43
III. Kritik an der überkommenen Lehrmeinung	S. 45
IV. Die heutigen Lehren von Grundrechtsbegrenzungen in besonderen Gewaltverhältnissen	S. 50
1. Die Lehre vom Primat der Grundrechte in besonderen Gewaltverhältnissen	S. 50
2. Die Lehre von der modifizierten Grundrechtsgeltung in besonderen Gewaltverhältnissen	S. 54
a) Die "freiwilligen" besonderen Gewaltverhältnisse	S. 54
b) Die "unfreiwilligen" besonderen Gewaltverhältnisse	S. 60

3. Die Intensität der Grundrechtsbegrenzungen nach den heutigen Lehren	S. 63
a) Die Würde des Untersuchungsgefangenen	S. 63
b) Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG	S. 65
c) Die Bedeutung eines "speziellen Gesetzesvorbehalts"	S. 67
d) Natur und Zweck des Untersuchungshaftverhältnisses	S. 68
e) Der Begriff des "Funktionierens"	S. 70
V. Eigener Lösungsversuch	S. 72
1. Die Grundrechte und die besonderen Gewaltverhältnisse als von der Verfassung in gleichem Maße garantierte Rechtsinstitute	S. 72
2. Die Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit	S. 76
E. Einzelne Rechte des Untersuchungsgefangenen	S. 84
I. Die Freizügigkeit	S. 84
II. Besondere aus dem Untersuchungshaftvollzug folgende Begrenzungen der räumlichen Bewegungsfreiheit	S. 84
1. Gemeinschaftshaft und Einzelhaft	S. 84
2. Die Fesselung des Untersuchungsgefangenen	S. 87
III. Die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit des Untersuchungsgefangenen	S. 89
1. Die Möglichkeit der Teilnahme am gemeinsamen Gottesdienst	S. 90
2. Die Einzelseelsorge	S. 91
IV. Das Recht der Meinungs- und Informationsfreiheit	S. 91
1. Die Freiheit der Meinungsäußerung	S. 91

a) Die Freiheit der Meinungsäußerung innerhalb der Untersuchungshaft- anstalt	S. 92
b) Die Beförderung von Briefen straf- baren Inhalts	S. 93
c) Die Beförderung von Briefen, die die Verhältnisse in der Haftanstalt kritisieren	S. 98
2. Die Informationsfreiheit	S. 100
a) Rundfunk- und Fernsehempfang	S. 100
b) Freie Auswahl der Lektüre und an- staltseigener Lesestoff	S. 106
V. Das elterliche Erziehungsrecht des Unter- suchungsgefangenen	S. 108
VI. Die Versammlungsfreiheit	S. 109
VII. Die Vereinsfreiheit	S. 109
VIII. Das Briefgeheimnis	S. 110
1. Überwachung abgehender Briefe	S. 110
2. Überwachung eingehender Briefe	S. 114
IX. Die Berufsfreiheit	S. 115
X. Das Eigentum des Untersuchungsgefangenen	S. 117
XI. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht	S. 118
1. Der Verkehr mit der Außenwelt	S. 118
a) Die Regelung des Besuchsverkehrs	S. 118
b) Häufigkeit des Briefempfangs, Schreiberlaubnis und Erlaubnis der Abgabe von Telegrammen, sowie des Führens von Ferngesprächen	S. 122
c) Empfang und Absendung von Paketen	S. 126
2. Anrede	S. 127
3. Erlaubnis und Beschränkung der Selbst- beköstigung	S. 128

4. Freiheit der Arztwahl und Gesundheits- pflege	S. 131
5. Ausstattung und Beleuchtung des Haft- raums	S. 136
6. Persönliche Durchsuchung des Unter- suchungsgefangenen und seiner Habe	S. 138
7. Unmittelbarer Zwang	S. 139
8. Maßnahmen bei erhöhter Verdunkelungs- gefahr	S. 140
9. Besondere Sicherungsmaßnahmen	S. 143
10. Hausstrafen	S. 146

Literaturverzeichnis

- Abendroth, Wolfgang, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland in: Festschrift für L. Bergstraesser 1954 S. 279-300
- Affolter, A., Grundzüge des allgemeinen Staatsrechts 1892
- Albrecht, Alfred, Artikel Rechtsstaat in Staatslexikon, 6 Aufl. Bd. 6 1961, S. 685-705.
- Albrecht, Eduard, Rezension über Maurenbrechers Grundsätze des heutigen Deutschen Staatsrechts in: Göttingische gelehrte Anzeigen 1837 S. 1489-1515. Nachdruck 1962
- Alsberg, Max, Die Untersuchungshaft, JW 1925 Teil I Abschnitt A S. 1433-1439
- Altenhain, Die Rechtsprechung der Strafsenate zum Rechtsschutz im Strafvollzug, JVB1. 1964 S. 153-159
- Anschütz, Gerhard, Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919, Kommentar 8. Aufl. 1928
- Arndt, Adolf Das Staatsrecht des Deutschen Reiches 1901. Zitiert: Staatsrecht
- Untersuchungshaft, NJW 1964 S. 855
- Bachof, Otto, Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung in: Verfassung und Verwaltung, Festschrift für Laforet 1952 S. 285-316
- Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVstrL 12, S. 37-84
- Baetzgen, Rudolf, Der Vollzug der Untersuchungshaft 1932
- Baumann, Jürgen, Untersuchungshaft, JZ 1962 S. 127
- Baumann, Jürgen, Die Bedeutung des Art. 2 GG für die Freiheitsbeschränkungen im Strafprozeß in: Festschrift für Eberhard Schmidt 1961 S. 525-550

- Baumann, Jürgen, Der Briefverkehr des Untersuchungs-
gefangenen (Eine Stellungnahme zu
DRiZ 1959, 238), DRiZ 1959 S. 379-
380
- Bender-Fürst, Grundzüge des Verwaltungs- und Ver-
fassungsrechts, 1. und 2. Hauptteil
1952
- Beringer, Ernst, Die Untersuchungshaft, JW 1925
Teil I Abschnitt E S. 1444-1446
- Bierling, Ernst-Rudolf, Juristische Prinzipienlehre, Neu-
druck der Aufl. v. 1894-1917 (1961)
- Bluntschli, J.C., Deutsche Staatslehre und die heutige
Staatswelt, 1880
- Bornhak, Conrad, Grundriß des deutschen Staatsrechts
1907 zitiert: Grundriß
- Bornhak, Conrad, Preußisches Staatsrecht Bd. I 1888
zitiert: Staatsrecht
- Brandt, Arthur, Die Untersuchungshaft, JW 1925
Teil I Abschnitt B S. 1439-1440
- Brohm, Winfried, Verwaltungsvorschriften und beson-
deres Gewaltverhältnis, DÖV 1964
S. 238-251
- Chudoba, Götz, Anm. zur Entscheidung des LG Frank-
furt/M. v. 14.9.1964 in ZfStrVO 1965
S. 45
- Coing, Helmut, Bemerkungen zum Problem der sogenann-
ten Willensfreiheit und ihrer recht-
lichen Bedeutung im Lichte einiger
neuer philosophischer Lehren in:
Festschrift für Emge 1960 S. 3 - 11.
- Cornelius-Gester-Woschek Die Meinungsfreiheit des Beamten
- Dahs, Hans, Die kleine Strafprozeßreform, NJW
1965 S. 81-86
- Recht und Unrecht der Untersuchungs-
haft, NJW 1959 S. 505-511
- Dallinger, Wilhelm, Anmerkung zum Beschl. d. Hans OLG
Bremen v. 15.11.1950, MDR 1951 S.
120; MDR 1951 S. 121 f.
- Darmstaedter, Friedrich Der Wohlfahrtsstaat und das soziale
Grundrecht in: Festschrift für Emge
S. 12 - 19

- Depenbrock, Zur rechtlichen Bedeutung der neuen Dienst- und Vollzugsordnung im Strafvollzug, NJW 1963 S. 89-91
- Dürig, Günter, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AÖR Bd. 81 S. 117-157
- Ebermayer, Die Untersuchungshaft, JW 1925, Teil III, Abschnitt B S. 1454 f.
- Ehmke, Horst, Grenzen der Verfassungsänderung 1953
- v. Engelbrechten, Fritz, Zensur, Beanstandungen und Beschlagnahmen von Postsendungen der Untersuchungsgefangenen, DRiZ 1959 S. 238-240
- Erdsiek, Gerhard, Beförderung von Briefen Untersuchungsgefangener mit politisch unerwünschtem Inhalt, NJW 1964 S. 1118 f.
- Fechner, Erich, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat 1953
- Feisenberger, Untersuchungshaft in: Reform des Strafprozesses, herausgegeben von Aschrott Berlin 1906, S. 261-272
- Fischbach, Oskar Georg, Bundesbeamtengesetz, Kommentar 3. Aufl. 1964
- Fleiner, Fritz, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts 8. Aufl. 1928
- Forsthoff, Ernst, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVStrL 12 S. 8-36
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts 7. Aufl. 1958
- Franz, Otto, Dürfen an den Untersuchungs- oder Strafgefangenen gerichtete Briefe geöffnet werden? NJW 1965 S. 25 f.
- Freudenberger, Georg, Beiträge zur Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis im öffentlichen Recht, Jurist. Diss. 1931
- Frey, Hans, Das Buch im Strafvollzug der Vollzugsanstalt Dieburg. Ein Überblick, ZfStrVO 1963 S. 147-158
- Friesenhahn, Ernst, Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner Grundgesetz, DV 1949 S. 478-485
- Geiger, Willi, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Kommentar 1952

- IX -

- v. Gerber, Carl, Friedrich, Grundzüge des deutschen Staatsrechts
3. Aufl. 1880
- Gerber, Hans, Die Sozialstaatsklausel des Grund-
gesetzes, AÖR 81 S. 1-54
- Giacometti, Zacharia, Das Staatsrecht der schweizerischen
Kantone 1941
- v. Gierke, Otto, Labands Staatsrecht und die Deutsche
Rechtswissenschaft, Unveränderter
Nachdruck 1961,
zitiert: Labands Staatsrecht
- Das Wesen der menschlichen Verbände
1902, Neudruck 1954, zitiert: Wesen
- Glaubrecht, Wilhelm, Zur Frage der Abwendung der Selbst-
mordgefahr bei Untersuchungsgefan-
genen, ZfStrVO 1961 S. 248-250
- Grewe, Wilhelm, Die politischen Treupflichten der
Angehörigen des öffentlichen Dienstes.
Rechtsgutachten in: Politische Treu-
pflicht im öffentlichen Dienst 1951,
S. 35-64
- Grunau, Theodor, Bemerkungen zu einer Auswahl von
Entscheidungen der Oberlandesgerich-
te gem. §§ 23 ff. EGGVG, Teil I
ZfStrVO 1964 S. 44-60 Teil II ZFStrVO
1964 S. 71-88
- Der Untersuchungsgefangene, Theorie
und Praxis (Entgegnung auf DRiZ 1959
S. 379 f.), RDiz 1960 S. 396 f.
- Günther, Hans, Die Rechtsbeziehungen des Unter-
suchungsgefangenen zum Staat in ihrer
Auswirkung auf den Vollzug der Unter-
suchungshaft, insbesondere in Preußen.
Jurist. Diss. Frankfurt/M. 1933
- Häberle, Peter, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19
Abs. 2 Grundgesetz, 1962
- Hamann, Andreas, Das Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl.
1961
- Hamel, Walter, Die Bedeutung der Grundrechte im
sozialen Rechtsstaat, 1957
- Haenel, Albert, Deutsches Staatsrecht, Bd. I 1892
- Hesse, Konrad, Der Rechtsstaat im Verfassungssy-
stem des Grundgesetzes in: Festgabe
für R. Smend 1962, S. 71-95

- Hesse, Konrad, Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, VVStrL 17 S. 11-52
- Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AÖR 77 S. 167-224
- Ausnahmestand und Grundgesetz, DÖV 1955 S. 741-746
- v. Hippel, Ernst, Artikel Rechtspositivismus in: Staatslexikon 6. Aufl. 1961 Bd. 6 S. 674-679
- Jakobi, Werner, Erfahrungen mit der Rundfunkanlage in den Strafanstalten Saarbrücken, ZfStrVO 1964 S. 36-43
- Jaenke, Günter, Verwaltungsvorschriften im Steuerrecht 1959
- Jahrreiss, Hermann, Demokratie in: Festschrift für Richard Thoma 1949 S. 71-91
- Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre 3. Aufl. 1914 Neudruck 1959, zitiert: Staatslehre
- Gesetz und Verordnung. Neudruck der Ausgabe von 1887 (1919). Zitiert: Gesetz
- System der subjektiven öffentl. Rechte 2. Aufl. 1905. Zitiert: System
- Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht 3. Aufl. 1931, Neudruck 1948
- Jescheck, Hans-Heinrich, Recht und Praxis der Untersuchungshaft in der Bundesrepublik Deutschland, GA 1962 S. 65-74
- Kahn, Paul, Das besondere Gewaltverhältnis im öffentlichen Recht, Jurist. Diss. Heidelberg 1912
- Kalisch, Werner, Grundrechte und Berufsbeamtentum nach dem Bonner Grundgesetz, AÖR 78 S. 334-354
- Karrasch, Heinrich, Disziplinarmaßnahmen in den Vollzugsanstalten, Jurist. Diss. Freiburg i. Br. 1957
- Kaufmann, Erich, Rechtsgutachten zum Verträge über die Gründung der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft und zum Deutschlandvertrag in: Der Kampf um den Wehrbeitrag 1953 Bd. II S. 42-71. Zitiert: Rechtsgutachten

- Kellner, Hugo, Zum gerichtlichen Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, DÖV 1963 S. 418-429
- Kelsen, Hans, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre 1923
- Kern, Eduard, Schutz des Lebens, der Freiheit und des Heims in: Die Grundrechte Bd. 2, herausgegeben von Neumann-Nipperdey-Scheuner Berlin 1954 S. 51-110
- Klatt, Detleff, Seelsorge in: Untersuchungsgefängnis Berlin-Moabit 1931 S. 106-117
- Klee, Der Vollzug der Untersuchungshaft, GA 1908 S. 257-282
- Klefisch, Theodor, Die Untersuchungshaft, JW 1925 Teil II Abschnitt C S. 1449-1452
- Kleinknecht, Theo, Der Vollzug der Untersuchungshaft, JZ 1953 S. 531-534
- Kleinknecht-Müller, Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz 4. Aufl. 1958
- Koellreutter, Otto, Deutsches Staatsrecht 1953
- Köhl, Guido, Die besonderen Gewaltverhältnisse im öffentlichen Recht, Zürich 1955
Zur Frage des besonderen Gewaltverhältnisses, ZBR 1957 S. 121-124
- Kohlrausch, Ed., Die Untersuchungshaft, JW 1925 Teil I Abschnitt C S. 1440-1442
- Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar)
- Krabbe, H., Die Lehre der Rechtssouveränität 1906
- v. Krauss, Rupprecht, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 1955
- Kröger, Klaus, Das Recht der freien Meinungsäußerung der Beamten im politischen Bereich, Jurist. Diss. Freiburg i. Br. 1961
- Krüger, Herbert, Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung in: Festschrift für Rudolf Smend 1952 S. 211-241
Das besondere Gewaltverhältnis, VVStrL 15, S. 109-129

- Krüger, Herbert, Der Verwaltungsrechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, NJW 1953 S. 1369-1373
- Krüger, Hildegard, Die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis, ZBR 1956 S. 309-312
- Laband, Paul, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches 5. Aufl. 1911
- Leisner, Walter, Die schutzwürdigen Rechte im besonderen Gewaltverhältnis, DVBl. 1960 S. 617-626
- Lerche, Peter, Grundrechte der Soldaten in: Die Grundrechte 4. Bd. 1. Halbb., herausgegeben von Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Berlin 1960 S. 447-535
Übermaß und Verfassungsrecht 1961
- v. Lilienthal, Die Untersuchungshaft, JW 1925 Teil II Abschnitt B S. 1448-1449
- Loening, Edgar, Artikel Staat in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften 7. Bd. 3. Aufl. 1911 S. 692-727
- Löwenstein, Siegfried, Untersuchungshaft in: Reform des Strafprozesses, herausgegeben von Aschrott Berlin 1906 S. 275-303
- Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Großkommentar Bd. I 21. Aufl. 1963
- Malz, Heinrich, Das Beamtenverhältnis als besonderes Gewaltverhältnis, ZBR 1964 S. 97-102
- Mamroth, Die Untersuchungshaft, DJZ 1925 Sp. 856-860
- v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar 1953
- v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar 2. Aufl. 1957
- Mann, Siegfried, Grundrechte und militärisches Statusverhältnis, DÖV 1960 S. 409-422
- Martens, Wolfgang, Grundgesetz und Wehrverfassung 1961
- Marx, Rudolf, Vollzug der Untersuchungshaft in: Deutsches Gefängniswesen, herausgegeben von Bumke 1928 S. 455-464

- Maunz, Theodor, Deutsches Staatsrecht 14. Aufl. 1965
- Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 1960
- Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht 3. Aufl. 1924. Zitiert: Verwaltungsrecht
- Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht in: Festgabe für Paul Laband 1908 S. 3-94. Zitiert: Festgabe
- Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge, AÖR Bd. 3 S. 3-86
- Menger, Christian-Friedrich Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz 1953
- Menzel, Adolf, Der Staat in: Handbuch der Politik Bd. I 1912 S. 35-45
- Merk, Diskussionsbeitrag, VVStrL 12 S.99-106
- Meyer, Georg, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 2. Aufl. 1885
- Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts 7. Aufl. 1919
- Müller-Libert, Zur Frage der Beruhigungszelle, ZfStrVO 1954 S. 181 f.
- v. Münch, Ingo, Freie Meinungsäußerung und besonderes Gewaltverhältnis, Jurist. Diss. Frankfurt/M. 1957
- Nawiasky, Hans, Forderungs- und Gewaltverhältnis 1913
- Nipperdey, Hans Carl, Freie Entfaltung der Persönlichkeit in: Die Grundrechte 4. Bd. 2. Halbb., herausgegeben von Bettermann-Nipperdey, Berlin 1962 S. 741-909
- Noltenius, Johanne Die freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft und das Zensurverbot des Grundgesetzes 1958
- Obermayer, Klaus, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt 1956
- Oehler, Dietrich, Postgeheimnis in: Die Grundrechte Bd. 2, herausgegeben von Neumann, Nipperdey-Scheuner S. 605-622
- Ohm, August, Die Entwicklung der sozialen Person während der Untersuchungshaft, Jurist. Diss. Berlin 1938

- Partsch, Karl Josef, Verfassungsprinzipien und Verwaltungsinstitutionen 1958
- Perschel, Wolfgang, Die Meinungsfreiheit des Schülers 1962
- v. Pestalozza, Anton, Die Untersuchungshaft, JW 1925 Teil I Abschnitt D S. 1442-1444
- Peters, Hans, Artikel Sozialstaat in: Staatslexikon 6. Aufl. 1962 Bd. 7 S. 394-395
- Peters, Karl, Strafprozeß, Lehrbuch 1952
- v. Pözl, Joseph, Lehrbuch des Bayerischen Verfassungsrechts 5. Aufl. 1877
- Preuss, Hugo, Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souveränität 1908
- Rehm, Hermann, Allgemeine Staatslehre 1899. Zitiert: Staatslehre
- Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht, Hirths Annalen 1885 S. 65-211
- Ridder, Helmut, Meinungsfreiheit in: Die Grundrechte Bd. 2, herausgegeben von Neumann, Nipperdey, Scheuner S. 243-290
- Riesen, Anton, Die Voraussetzungen eines Haftbefehls, NJW 1953 S. 1733-1735
- Röhl, Hellmut, Der Rechtsschutz des Gefangenen, JZ 1954 S. 65-70
- Rosenberg, Werner, Die Untersuchungshaft, JW 1925 Teil II Abschnitt A S. 1446-1448
- Die Reform der Untersuchungshaft, ZStW 26 (1906) S. 339-404
- Rosin, Heinrich, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung, Hirths Annalen 1883 S. 265-322
- Sauer, H., Die Praxis der Untersuchungshaft, NJW 1959 S. 1993-1996
- Salzmann, Joachim, Der Gedanke des Rechtsstaates in der Wehrverfassung der Bundesrepublik 1962
- Seibert, Claus, Der Haftbefehl, NJW 1950 S. 772-773
- Probleme der Untersuchungshaft und des Haftbefehls, DRiZ 1952 S. 43 f.
- Gedanken zur Untersuchungshaft, MDR 1954 S. 81-82

- Seidler, Gustav, Grundzüge des allgemeinen Strafrech-
tes 1929
- Sydel, Max, Grundzüge einer allgemeinen Staats-
lehre 1873
- Siegert, Haftunfähigkeit von Untersuchungsge-
fangenen, JW 1925 S. 929-930
- Smend, Rudolf, Bürger und Bourgeois im deutschen
Staatsrecht in: Staatsrechtliche Ab-
handlungen S. 309-325. Zitiert:
Bürger
Verfassung und Verfassungsrecht in:
Staatsrechtliche Abhandlungen S. 119-
276
- Spannagel, Wolfgang, Die Strafvollzugsordnung von Baden-
Württemberg und ihre Vereinbarkeit
mit dem Grundgesetz, Jurist. Diss.
Freiburg 1961
- Spanner, Hans, Zum gerichtlichen Rechtsschutz im
besonderen Gewaltverhältnis, DÖV 1963
S. 497-498
- Scheuner, Ulrich, Das parlamentarische Regierungssystem
in der Bundesrepubli., DÖV 1957 S.
633-638
- Schmidt, Bruno, Der Staat, 1896
- Schmidt, Eberhard, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung
und zum Gerichtsverfassungsgesetz
Teil I 1952, Teil II 1957
- Schmidt-Leichner, Haftbefehl und Regreß, NJW 1959
S. 841-853
- Schmitt, Carl, Verfassungslehre 1928, Neudruck 1957
- Schmitthenner, Friedrich, Grundlinien des allgemeinen oder
idealen Staatsrechtes 1845
- Schüle, Adolf, Demokratie als politische Form und
als Lebensform in: Festschrift für
Smend 1952 S. 321-344
- Schulze, Hermann, Das Preußische Staatsrecht Bd. I
2. Aufl. 1888
- Schwarz-Kleinknecht, Strafprozeßordnung, Kommentar 25.
Aufl. 1965
- v. Stackelberg, Curt Zur Reform des Strafprozeßrechts,
Juristenjahrbuch Bd. 2 1961/62
Ferdinand S. 171-194

- Straßmann, F., Die Untersuchungshaft, JW 1925 Teil III
Abschnitt A S. 1453
- Stürzbecher, Manfred, Ärztliche Beobachtungszellen, ZfStrVO
1961 S. 355-357
- Tezner, Friedrich, Die wissenschaftliche Bedeutung der
allgemeinen Staatslehre und Jellineks
Recht des modernen Staates, Hirths
Annalen 1902 S. 638-671
- Thesinga, Beitrag zur Frage Beruhigungszelle,
ZfStrVO 1954 S. 344-346
- Tiedemann, Klaus, Die Rechtsstellung des Strafgefangenen
nach französischem und deutschem Ver-
fassungsrecht 1963
- Thieme, Werner, Die besonderen Gewaltverhältnisse,
DÖV 1956 S. 521-529
- Thoma, Richard, Deutsches Hochschulrecht 1956
- Der Polizeibefehl im Badischen Recht
1906. Zitiert: Polizeibefehl
- Grundrechte und Polizeigewalt in:
Festgabe zur Feier des 50jährigen
Bestehens des Preußischen OVG 1925.
Herausgegeben von Heinrich Triepel
S. 183-223
- Der Vorbehalt des Gesetzes im preus-
sischen Verfassungsrecht. Sonder-
druck aus: Festgabe für Otto Mayer
1916. Zitiert: Vorbehalt
- Thon, August, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878
- Wagner, Der mündliche und schriftliche Ver-
kehr des Untersuchungsgefangenen,
JW 1928 S. 2962-2965
- Zinn-Stein, Die Verfassung des Landes Hessen,
Kommentar 1954
- Zippelius, Reinhold, Das Verbot übermäßiger gesetzlicher
Beschränkung von Grundrechten, DVBl.
1960, S. 353-355.

Abkürzungsverzeichnis

AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
BK	Bonner Kommentar zum GG
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DV	Deutsche Verwaltung
GA	Goltdammers Archiv für Strafrecht
JR	Juristische Rundschau
JVB1.	Justizverwaltungsblatt
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
UVollzO	Untersuchungshaftvollzugsordnung
VVStrL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfStrVO	Zeitschrift für Strafvollzug

Einleitung

Das Landgericht Frankfurt/M. hatte am 14. September 1964 folgenden Fall zu entscheiden ¹⁾: Ein Untersuchungsgefangener, der sich wegen Fluchtverdachts in Untersuchungshaft befand, hatte beantragt, ihm ein eigenes Transistor-Radiogerät mit Kopfhörer auszuhändigen. Er begründete diesen Antrag u.a. ²⁾ mit einem Hinweis auf sein verfassungsmäßig garantiertes Grundrecht auf Informationsfreiheit. Gegen den zustimmenden Beschluß des Amtsrichters legte die Staatsanwaltschaft Beschwerde ein. Das Landgericht erklärte die Beschwerde für begründet ³⁾. Im vorliegenden Fall gebühre den öffentlichen Interessen an der Aufrechterhaltung der Ordnung in der Untersuchungshaftanstalt vor einer uneingeschränkten Ausübung des Grundrechts des Antragstellers auf volle Informationsfreiheit der Vorrang.

Die Entscheidung des Landgerichts Frankfurt ⁴⁾ macht auf einen der freiheitlichen Demokratie inhärenten, paradox anmutenden Wesenszug aufmerksam. Hesse ⁵⁾ hat diesen Wesenszug umschrieben, daß es eine eigentümliche, jeder Verfassung vorgegebene Gesetzmäßigkeit sei, daß ihre Strukturen, um in der politischen Wirklichkeit lebensfähig zu bleiben, stets ein Stück der Gegenstruktur in sich aufnehmen müssen. Dementsprechend bringt das Institut der Untersuchungshaft, das der Möglichkeit einer materiellen Verwirklichung der Grundrechte des Einzelnen und darüber hinaus der sozialen Sicherheit der Staatsbürger in hohem Grad dienlich ist, zugleich eine inhaltliche Begrenzung der Freiheit und eine Gefährdung der sozialen Sicherheit des Untersuchungsgefangenen mit sich.

Dem seiner persönlichen Bewegungsfreiheit beraubten Untersuchungsgefangenen wird - Bedürfnissen der Praxis folgend -

1) Beschl. des LG. Frankfurt/M. v. 14.9.1964, ZfStr.Vo. 1965 S. 46-53.

2) Er berief sich lt. LG. Frankfurt/M. zudem auf einen unveröffentlichten Beschluß des BVerfG. vom 7. März 1963.

3) Die hiergegen eingelegte Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG. wegen offensichtlicher Unbegründetheit am 12.11.1964 (vgl. ZfStr.Vo. 1965 S. 53 f) verworfen (nicht veröffentlicht).

4) Sie ist eine der wenigen, den Untersuchungshaftvollzug betreffenden Entscheidungen, die in die Problematik eindringen.

5) Hesse, DöV. 1955 S. 746.

nicht nur wie im vorliegenden Fall die Möglichkeit genommen, das Grundrecht des Art. 5 Abs. 1 GG ohne Beschränkung auszuüben; auch der Inhalt des ihm nach Art. 2 Abs. 1 GG zustehenden Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit wird modifiziert. Dasselbe gilt für das Recht auf Kulturfreiheit (Art. 4 Abs. 2 GG), das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 GG), die Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG), die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG), das Brief- und Postgeheimnis (Art. 10 GG), das Recht auf Freizügigkeit (Art. 11 GG) und schließlich die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).

Wissenschaft und Rechtsprechung haben sich bisher nur wenig mit dem Vollzug der Untersuchungshaft befaßt ⁶⁾. Der Untersuchungshaftvollzug erscheint als Stiefkind juristischer Literatur ⁷⁾. Die Entscheidungen der Gerichte sind widersprüchlich und oberflächlich. Das ist darauf zurückzuführen, daß der Untersuchungshaftvollzug nur unvollkommen, vornehmlich in einem einzigen Paragraphen der StPO (§ 119), geregelt ist.

Die Konsequenz dieser unklaren rechtlichen Situation ist das Auftreten von mißbräuchlichen Zuständen in der Praxis, die weitgehend in den Händen juristisch nicht hinreichend geschulter Vollzugsbeamter liegt ⁸⁾. Eine Klärung der rechtlichen Stellung des Untersuchungsgefangenen durch Wissenschaft und Rechtsprechung ist daher erforderlich ⁹⁾. An welchen Kriterien soll der Richter in Fällen, wie sie dem Landgericht Frankfurt vorlagen, sein Urteil ausrichten?

6) Dabei ist die Bedeutung des Institutes der Untersuchungshaft im täglichen Rechtsleben groß. Wenn man dem Wochenmagazin, Der Spiegel (Nr. 12 v. 18.3.1964 S. 37) Glauben schenken darf, dann befinden sich in der BRD jährlich etwa 50.000 Menschen in Untersuchungshaft.

7) So Günther, Vorwort.

8) Nicht völlig unberechtigt, wenn auch übertrieben, erscheint der Vorwurf eines Wochenmagazins (Der Spiegel v. 18.3.1964 S. 44), die in der "schlüsselklirrenden Tristesse" der Untersuchungshaftanstalten angewandten Vollzugsmodalitäten seien von einer für Außenstehende unvorstellbaren Brutalität. Dennoch werde das Schicksal der Untersuchungsgefangenen in keinem juristischen Seminar behandelt.

9) Die Mobilisierung der öffentlichen Meinung, wie sie Der Spiegel beabsichtigt, reicht allein zur Abstellung der Mißstände nicht aus. Wie sehr aber die öffentliche Meinung dazu geeignet ist, die Wissenschaft anzuregen, zeigt der Fall des in der Untersuchungshaft verstorbenen Reichsministers Höfele. An dieses Ereignis schloß sich eine lebhaft wissenschaftliche Diskussion über die Modalitäten des Untersuchungshaftvollzugs an.

In dieser Arbeit soll auf der Basis einer theoretischen Grundlegung versucht werden, praktikable Gesichtspunkte zu finden, nach denen der Richter im Einzelfall das Ob und Wie einer Modifizierung der Grundrechte des Untersuchungsgefangenen bestimmen kann. Anschließend soll die Brauchbarkeit dieser Gesichtspunkte an konkreten, im Untersuchungshaftvollzug auftauchenden Fragen überprüft werden.

A. Der Begriff der Untersuchungshaft und die gesetzlichen Voraussetzungen ihrer Verhängung

I. Der Begriff der Untersuchungshaft

1. Das Institut der Untersuchungshaft als Ausdruck eines Interessengegensatzes zwischen Staat und Einzelnem

Eine Betrachtung der Rechtsstellung des Untersuchungsgefangenen setzt eine Bestimmung des Begriffs der Untersuchungshaft voraus.

Die Untersuchungshaft ist ein Rechtsinstitut, in dem ein Gegensatz elementarer Interessen von Staat und Individuum in solcher Schärfe offen zu Tage tritt, wie sonst kaum in anderen Bereichen staatlicher Tätigkeit ¹⁰⁾.

Der Staat hat die Aufgabe, alle Angriffe und Verstöße, die gegen Ordnung und Sicherheit in seinem Bereich geführt werden, wirkungsvoll abzuwehren. Er stellt deshalb strafrechtliche Verbote auf, deren Nichtbeachtung eine staatlich autorisierte Sanktion zur Folge hat ¹¹⁾. Bereits das bloße Vorhandensein

10) Vgl. hierzu Kern in: Die Grundrechte Bd. 2 S. 76. Er weist auf die veränderte Regelung der Konfliktslage in der Geschichte hin. Der Inquisitionsprozeß habe die Untersuchungshaft regelmäßig verwendet, Aufklärung und Liberalismus hätten ihre weitgehende Einschränkung bewirkt. In der NS Zeit sei von der Untersuchungshaft unangemessen häufig Gebrauch gemacht worden. Vgl. auch Baumann, Festschrift S. 528.

11) Der Gesetzgeber geht hierbei in der Regel so vor, daß er solche Verletzungen der Rechtsordnung, die infolge ihrer Häufigkeit eine gewisse Typizität aufweisen, tatbestandlich näher konkretisiert.

von Strafdrohungen veranlaßt den potentiellen Rechtsbrecher häufig dazu, von seinem Vorhaben Abstand zu nehmen ¹²⁾.

Indes bietet die Präventivwirkung des objektiven Strafrechts allein keinen ausreichenden Schutz. Es ist vielmehr eine konsequente Realisierung des staatlichen Strafanspruchs erforderlich ¹³⁾. Das ius puniendi, der staatliche Strafanspruch, entsteht mit der Verwirklichung eines Tatbestandes des objektiven Strafrechts. Die Durchsetzung dieses Strafanspruchs ¹⁴⁾ geschieht nach den Regeln der StPO ¹⁵⁾ vom 1. Februar 1877 ¹⁶⁾.

Im Strafprozeß stoßen nun zwei Interessensphären aufeinander. Zunächst hat der Staat ein existenznotwendiges Interesse daran, Ordnung und Sicherheit in seinem Bereich durch schnelle und wirkungsvolle Vergeltung begangenen Unrechts zu gewährleisten ¹⁷⁾. Der Staat muß berücksichtigen, daß der Rechtsbrecher oft keine Mittel und Wege scheut, um der Strafe zu entgehen. Solange er sich in Freiheit befindet, ist es für ihn leicht, sich dem staatlichen Zugriff entweder durch Flucht zu entziehen ¹⁸⁾, oder den Strafvollzugsbehörden seine Überführung durch Vernichtung von Beweisstücken und Beeinflussung von Zeugen unmöglich zu machen. Ein Mittel hiergegen ist das Institut der

12) K. Peters S. 142 meint, die generalpräventive Wirkung werde oft überschätzt.

13) Vgl. Eb. Schmidt, Teil I S. 31 f. und K. Peters S. 21.

14) Sie ist nicht nur Recht, sondern auch Pflicht des Staates. Vgl. Eb. Schmidt, Teil I S. 29 und K. Peters S. 21.

15) Der Staat besäße auf Grund seiner Macht und Autorität die Möglichkeit, sein ius puniendi durch raschen, rechtlich nicht normierten Zugriff durchzusetzen (vgl. Eb. Schmidt, Teil I S. 32). Jedoch erscheint ein solches Vorgehen staatlicher Organe und heute undenkbar. Wie es zum Wesen des Rechtsstaates (vgl. Maunz-Düring Anm. 58-92 zu Art. 20 GG) gehört, daß jede staatliche Machtausübung sich in bestimmten, rechtlich vorgezeichneten Formen abspielt, so können Rechtssicherheit und materielle Gerechtigkeit nur dadurch erreicht werden, daß den zur Justizgewährung berufenen Organen eine detaillierte Verfahrensordnung an die Hand gegeben wird (vgl. Peters S. 10).

Untersuchungshaft.

Die Untersuchungshaft beeinträchtigt jedoch in hohem Maße Lebensinteressen des Betroffenen ¹⁹⁾. Obwohl der Beschuldigte bis zur Rechtskraft des Strafurteils als unschuldig zu gelten hat ²⁰⁾, muß er dem Interesse des Staates nicht nur seine persönliche Bewegungsfreiheit opfern, sondern gerät auch sonst in eine wenig beneidenswerte Situation ²¹⁾. Die persönliche Widerstandskraft ²²⁾ des Einzelnen wird geschwächt ²³⁾, die gesellschaftliche Stellung erschüttert, und die wirtschaftliche Situation oft verschlechtert ²⁴⁾. Darüber hinaus bereitet die Untersuchungshaft häufig den Weg zu einem schnellen, nicht selten falschen Geständnis ²⁵⁾. Sie führt bei den Zeugen oft zu einer Voreingenommenheit ²⁶⁾ gegen den Beschuldigten ²⁷⁾.

-
- 16) RGBl. S. 253 in der Fassung der Bekanntmachung vom 12.9.1950.
17) Vgl. hierzu Alsberg, JW 1925 S. 1433.
18) Die Behauptung Alsbergs, JW 1925 S. 1436, daß weniger Beschuldigte aus Furcht vor Strafe als aus Furcht vor der Untersuchungshaft fliehen, ist wohl übertrieben.
19) Vgl. dazu allgemein Alsberg, JW 1925 S. 1433.
20) Vgl. Art. 6 Abs. 2 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (MRK) vom 4.11.1950, Bundesgesetz vom 7.8.1952 (BGBl. II S. 686).
21) Vgl. hierzu Grünhut im Vorwort bei Baetzgen sowie Günther S. 46 ff. und Ohm S. 17 ff.
22) Vgl. Rosenberg, JW 1925 S. 1448 vgl. zur Möglichkeit der Entstehung einer Haftpsychose v. Lilienthal, JW 1925 S. 1448.
23) Die Untersuchungshaft übertrifft an Härte oft die Strafhaf. So von Lilienthal, JW 1925 S. 1448 und Straßmann, JW 1925 S. 1453 und Seibert, NJW 1950 S. 773. Klee, GA 1908 S. 260 weist darauf hin, daß Selbstmorde in der Untersuchungshaft häufiger seien als in Strafhaf.
24) Auf die Regelung der Entschädigung bei unschuldig erlittener Untersuchungshaft kann hier nicht weiter eingegangen werden. Vgl. hierzu Schmidt-Leichner, NJW 1959 S. 847 ff.
25) Vgl. hierzu Rosenberg, JW 1925 S. 1448; Dahs, NJW 1959 S. 506; Schmidt-Leichner, NJW 1959 S. 845 und Seibert, NJW 50, S. 773.
26) Vgl. hierzu Sauer, NJW 1959, S. 1993.
27) Hat man erkannt, welche Fülle menschlichen Leidens sich hinter dem Institut der Untersuchungshaft verbirgt, so muß dieses strafprozessuale Zwangsmittel die ultima ratio im Strafprozeß sein. Vgl. hierzu die Ausführungen des BVerfG Bd. 9, 89 (98 f.)

2. Definition der Untersuchungshaft

Der Begriff der Untersuchungshaft ist im Gesetz selbst nicht definiert. Aus der Vorschrift des § 119 Abs. 3 StPO ergibt sich jedoch, daß mit ihr für den Betroffenen der Entzug der persönlichen Freiheit verbunden ist.

Von einigen Schriftstellern wird der Vollzug in einer Haftanstalt als begriffsnotwendiges Charakteristikum angesehen ²⁸⁾. Dies könnte man für das geltende Recht aus der Vorschrift des § 119 Abs. 3 StPO entnehmen, die von der Unterbringung in einer Vollzugsanstalt ausgeht. Indes ist die Einlieferung in eine solche Anstalt für die Untersuchungshaft nicht begriffsnotwendig ²⁹⁾. Bereits vom Zeitpunkt der Verhaftung an erhält der Betroffene den Status eines Untersuchungsgefangenen. Er behält ihn auch dann, wenn er z.B. bei einem Transport die Vollzugsanstalt kurzfristig verläßt.

Die Verhaftung setzt gemäß § 114 StPO eine ausdrückliche Anordnung des Richters voraus. Diese ergeht in Form eines schriftlichen Haftbefehls ³⁰⁾. Diese Voraussetzung hat in jedem Rechtsstaat die Bedeutung einer *conditio sine qua non* für die Verhängung der Untersuchungshaft erlangt.

Wie sich bereits aus dem Begriff der Untersuchungshaft ergibt, bezweckt sie eine Sicherung des staatlichen Strafanspruchs ³¹⁾. Daraus ergibt sich als weitere Voraussetzung für die Verhängung der Untersuchungshaft, daß der zu Verhaftende der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegen muß ³²⁾.

Sobald die richterliche Feststellung über das Bestehen des staatlichen Strafanspruches rechtskräftig ge-

28) Vgl. Lobe-Alsberg S. 7 und Eb. Schmidt, Teil II Vorbem. I 1 vor § 112.

29) So mit Recht Günther S. 3.

30) Vgl. hierzu Eb. Schmidt, Teil II Anm. zu § 114; Löwe-Rosenberg Anm. zu § 114 und Kleinknecht-Müller Anm. zu § 114.

31) Vgl. Eb. Schmidt, Teil II Vorbem. I 1 vor § 112.

32) Vgl. Kleinknecht-Müller, Vorbem. 2 vor § 112.

worden ist, endet die Untersuchungshaft und nur bis zu diesem Zeitpunkt kann sie verhängt werden ³³⁾. Be-
findet sich ein zur Freiheitsstrafe verurteilter Un-
tersuchungsgefangener bei Eintritt der Rechtskraft
des Strafurteils in einer Vollzugsanstalt, so wandelt
sich die Untersuchungshaft automatisch in Strafhaft
um ³⁴⁾.

Damit ergibt sich: Die Untersuchungshaft ist eine
aufgrund richterlicher Anordnung erfolgende Entzie-
hung der persönlichen Freiheit, die regelmäßig dazu
dient, die Durchführung eines Strafverfahrens gegen
einen der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegenden
Beschuldigten bis zur Rechtskraft des Urteils zu si-
chern.

II. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Verhängung der Untersuchungshaft

Die Anordnung der Untersuchungshaft findet in §§ 112 ff.
StPO eine erst kürzlich neugestaltete gesetzliche Rege-
lung ³⁵⁾. Die Tendenz der gesetzlichen Normativregelung
geht dahin, durch eine möglichst weitgehende Objektivie-
rung ³⁶⁾ der Haftvoraussetzungen der oft beklagten Will-
kür der Praxis ³⁷⁾ ein Ende zu bereiten. Ob das Gesetz
seine Bewährungsprobe bestehen wird, kann angesichts sei-
ner bisher kurzen Geltungsdauer nur die Zukunft erweisen.

§ 112 StPO fordert als Voraussetzung für die Anordnung
der Untersuchungshaft dringenden Tatverdacht sowie das
Vorliegen eines der in den Absätzen 2 - 4 des § 112 StPO
normierten Haftgründe.

33) Hierzu Lobe-Alsberg S. 14 f. und Günther S. 4.

34) Das ist sehr bestritten. Vgl. Eb. Schmidt, Teil II
Anm. II 3 c zu § 124 und Anm. III zu § 450; vgl.
Kleinknecht-Müller, Anm. 1 a zu § 450.

35) Die Neugestaltung erfolgte durch das Gesetz zur Än-
derung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsver-
fassungsgesetzes (St P Ä G) vom 19.12.1964 (BGBl. I
S. 1067) mit Wirkung vom 1.4.1965.

36) Vgl. die Abwandlung des Terminus "Fluchtgefahr" in
"Fluchtverdacht".

37) Vgl. hierzu Klefisch, JW 1925 S. 1450; Pestalozza,
JW 1925 S. 1443; Sauer, NJW 1959 S. 1994; Roesen, NJW
1953 S. 1733; Seibert, MDR 1954, S. 81.

Eine Antwort auf die Frage, was unter dringendem Tatverdacht zu verstehen sei ³⁸⁾, gibt das Gesetz nicht. Indem es jedoch in § 60 Nr. 3 StPO von Verdacht schlechthin und in § 203 StPO von hinreichendem Verdacht spricht, deutet es an, daß es bezüglich der Stärke des Tatverdachts differenzieren will ³⁹⁾. Nach h.L. ⁴⁰⁾ ist dringender Tatverdacht dann gegeben, wenn die richterliche Überzeugung zu dem Schluß kommt, daß eine Verurteilung des Betroffenen mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten sei ⁴¹⁾.

Zu dem dringenden Tatverdacht muß ein Haftgrund treten ⁴²⁾. Ein solcher ist nach dem Gesetz gegeben, wenn der Beschuldigte flüchtig ist, oder wenn bestimmte Tatsachen die Gefahr einer Flucht begründen ⁴³⁾.

In § 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO normiert das Gesetz den Haftgrund der Verdunkelungsgefahr ⁴⁴⁾. Er liegt vor ⁴⁵⁾, wenn

38) Hierzu Schmidt-Leichner, NJW 1959 S. 842 f.

39) Es wird behauptet, hiermit spiegele das Gesetz nicht bestehende Gradunterschiede vor. Hiergegen Eb. Schmidt Anm. B II 1 zu § 112.

40) Vgl. Eb. Schmidt Anm. B II 2 zu § 112 und Kleinknecht-Müller Anm. 1 zu § 112.

41) Hieraus ergibt sich, daß die Annahme dringenden Tatverdachts auch die Prüfung der Prozeßvoraussetzungen gebietet. Vgl. Eb. Schmidt Anm. B IV 1 zu § 112 und Kleinknecht-Müller Anm. 1 zu § 112.

42) Jescheck, GA 1962 S. 68 sagt, es würden in der Praxis oft verbotene Haftgründe wie die Schwere der Tat, die Erleichterung der Ermittlungen oder die Ausübung eines Geständnisdrucks verwandt.

43) Bei der Prüfung des Vorliegens von Fluchtgefahr verlangt das Gesetz eine genaue Würdigung der Verhältnisse des Einzelfalles. Die frühere Regelung, die auf eine Begründung des Fluchtverdachts immer dann verzichtete, wenn ein Verbrechen vorlag, ist aufgegeben worden. Heute verbietet das Gesetz, daß das Vorhandensein von Fluchtgefahr aus pauschalen Erwägungen, wie vornehmlich aus der Höhe der zu erwartenden Strafe geschlossen wird. Vgl. hierzu Jescheck, GA 1962 S. 67 und OLG Celle Beschl. v. 11.10.1949, NJW 50 S. 240. Vgl. auch Rosenberg, JW 1925 S. 1447. Vgl. als Beispiel einer verbotenen Begründung den Beschl. des OLG Hamburg vom 28.7.1961, JZ 1962. Hiergegen Baumann, JZ 1962 S. 127.

44) Von den deutschen Anwälten war die Anschaffung dieses Haftgrundes gefordert worden, da er zu starken Gedächtnisdruck ausübe. Vgl. v. Stackelberg, Juristen-Jahrbuch Bd. 2, 1961/62 S. 181 f. und Schmidt-Leichner, NJW 1959 S. 845. Hierzu auch Jescheck, GA 1962 S. 71.

45) Hierzu Schmidt-Leichner, NJW 1959 S. 844 f.

der Beschuldigte versucht, auf vorhandene Beweismittel einzuwirken oder Zeugen, Mitbeschuldigte oder Sachverständige unlauter ⁴⁶⁾ zu beeinflussen, und hierdurch die Ermittlung der Wahrheit erschwert wird.

Untersuchungshaft kann auch gegenüber demjenigen angeordnet werden, der eines Verbrechens gegen die Sittlichkeit dringend verdächtig ist, falls bestimmte Tatsachen auf eine drohende Wiederholungsgefahr hinweisen ⁴⁷⁾.

Die Untersuchungshaft dient hier neben ihrem eigentlichen Zweck dem berechtigten Interesse der Allgemeinheit, die Gefahr der Begehung von Sittlichkeitsdelikten auszuschließen.

Schließlich darf auch gegen denjenigen, der eines Verbrechens gegen das Leben dringend verdächtig ist, die Untersuchungshaft verhängt werden ⁴⁸⁾.

Liegen dringender Tatverdacht und Haftgrund vor, so darf die Untersuchungshaft angeordnet werden ⁴⁹⁾.

Das Gesetz will die Verhängung dieser Maßnahme dem Richter nicht als Verpflichtung auferlegen, sondern ihm eine Ermessensentscheidung ermöglichen. Für diese gilt, wie das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich festgestellt hat, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ⁵⁰⁾.

46) Der Hinweis auf das bestehende Zeugnisverweigerungsrecht genügt nicht. Jescheck, GA 1962 S. 67.

47) Vgl. zur rechtl. Vereinbarkeit dieses Haftgrundes mit der MRK Kern in: Die Grundrechte Bd. 2 S. 77. Nach Dahs, NJW 1965 S. 82 f. ist dieser Haftgrund systemwidrig. Er erinnert an eine Bestimmung in der NS-Zeit. Vgl. Gesetz zur Änderung der Vorschriften des Strafverfahrens und des GVG vom 28.6.1935 RGBI. I S. 844 (847).

48) Vgl. Dahs, NJW 1965 S. 83, der diesen Haftgrund für bedenklich hält. Nach Seibert, NJW 1950 S. 773 war auch bisher die Erregung der Öffentlichkeit mitentscheidend. Vgl. auch Seibert, DRiZ 1952 S. 43.

49) Dies war früher nicht unbestritten. Vgl. zur Gegenansicht Siegert, JW 1925 S. 930.

50) Beschl. vom 15.12.1965, BVerfGE 19, 342 S. 347. Vgl. auch Baumann: Festschrift für Eberhard Schmidt S. 535 f.; Löwe-Rosenberg Anm. 6 zu § 112; Jescheck, GA 1962 S. 70. Aufgrund einer Statistik macht Jescheck die bedenkliche Feststellung, daß bei den untersuchten Fällen ein Viertel aller Haftbefehle gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstieß. Wenn der Ge-

§ 116 StPO gestattet es dem Richter, die Verhängung der Untersuchungshaft durch die Anordnung weniger einschneidender Maßnahmen zu ersetzen⁵¹⁾. Das Gesetz schlägt ihm in § 116 Abs. 1 Ziff. 1-4, sowie in § 116 Abs. 2 StPO geeignete Maßnahmen, wie z.B. die Sicherheitsleistung⁵²⁾ oder das Verbot der Kommunikation mit Zeugen und Mitbeschuldigten vor.

Die Verhängung der Untersuchungshaft setzt gemäß § 114 Abs. 1 StPO einen schriftlichen Haftbefehl des Richters voraus⁵³⁾ (vgl. § 114 a StPO). Er muß gemäß § 114 a Abs. 2 Ziff. 1-4 StPO Angaben über die Person des Beschuldigten, über die Tat, derer er verdächtig ist, über den Haftgrund, sowie über die Tatsachen enthalten, aus denen sich der dringende Tatverdacht sowie der Haftgrund ergeben⁵⁴⁾. Er ist dem Beschuldigten sobald als möglich bekanntzugeben.

setzgeber den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in § 112 Abs. 1 Satz 2 StPO besonders hervorhebt, so handelt es sich bei dieser Norm um eine rein deklaratorische Regelung. Es sei noch angemerkt, daß ein Initiativantrag der FDP vom Oktober 1959, der die Einführung einer zeitlichen Höchstgrenze fordert, nicht Gesetz geworden ist. Kritisch hierzu Jescheck, GA 1962, S. 72.

- 51) Für die frühere Rechtslage war es bestritten, ob der Richter hierzu ermächtigt sei. Das KG hatte in einem Beschl. vom 10.9.1925, JW 1926, S. 1247 f. diese Frage verneint. Anderer Ansicht Eb. Schmidt, Teil II, Anm. VIII vor § 112.
- 52) Jescheck, GA 1962 S. 68: Von dieser Möglichkeit werde in der Praxis nur geringer Gebrauch gemacht. In der Sowjetzone ist diese Möglichkeit als Beweis kapitalistischen Denkens abgeschafft worden. Auch für die BRD ist ihre Abschaffung gefordert worden. Vgl. Seibert, DRiZ 1952 S. 43. Hiergegen Kern in: Die Grundrechte Bd. 2 S. 79 unter Hinweis auf Art. 5 Abs. 3 MRK.
- 53) Hierzu Eb. Schmidt, Kleinknecht-Müller und Loewe-Rosenberg zu § 114.
- 54) Damit sind sogenannte Blankohaftbefehle unzulässig. Vgl. Kern in: Die Grundrechte Bd. 2 S. 77.

B. Die Begrenzung der Grundrechte des Untersuchungsgefangenen durch positives Recht

I. Die Notwendigkeit einer getrennten Betrachtung von Anordnung und Vollzug der Untersuchungshaft

Im folgenden soll geprüft werden, ob die Begrenzung der Grundrechte des Untersuchungsgefangenen bereits positiv rechtlich geregelt ist oder ob es hierzu der Heranziehung der besonderen Gewaltverhältnisse bedarf. Hierzu ist jedoch Klarheit darüber erforderlich, welche Rechtsbeschränkungen dem Einzelnen in der Untersuchungshaft auferlegt werden. Bei der Untersuchung dieser Frage muß zwischen Anordnung und Vollzug der Untersuchungshaft unterschieden werden ⁵⁵⁾.

Ein Unterschied zwischen Anordnung und Vollzug ergibt sich zunächst einmal daraus, daß jeweils verschiedene staatliche Organe tätig werden. Während die Anordnung der Untersuchungshaft dem Richter obliegt, liegt ihr tatsächlicher Vollzug in den Händen der Verwaltung. Zwar trifft gemäß § 119 Abs. 6 StPO auch hier der Richter die Anordnung der erforderlichen Maßnahmen, jedoch übt die Verwaltung auf die Gestaltung des Lebens des Untersuchungsgefangenen tatsächlich großen Einfluß aus. Gemäß § 119 Abs. 6 StPO ⁵⁶⁾ ist sie in Notfällen berechtigt, selbständig einzugreifen. Schreibt § 119 Abs. 6 StPO hierfür auch eine nachträgliche richterliche Genehmigung vor ⁵⁷⁾, so läßt sich eine Rechtsbeeinträchtigung doch in sehr vielen Fällen nicht wieder rückgängig machen. Zum anderen bleibt der Verwaltung neben dem richterlichen Anordnungsrecht immer noch ein großer Spielraum ⁵⁸⁾ bei der Behandlung der Untersuchungsgefangenen. Da es der Verwaltung an rechtlich geschulten Kräften fehlt, ist hier die Mißbrauchsgefahr groß. Aus diesem Grunde liegt der Schwerpunkt dieser Arbeit in der

55) Vgl. zu dieser Unterscheidung Mamroth, DJZ 1925 Sp. 859; Alsberg, JW 1925 S. 1437; BVerfG 9, 89 (98 ff.); Baumann in: Festschrift für Eb. Schmidt S. 537.

56) Hierzu Löwe-Rosenberg Anm. V zu § 116.

57) Diese kommt ohnehin nur bei noch nachwirkenden Maßnahmen in Betracht. So Löwe-Rosenberg Anm. V 4 c zu § 116.

58) Hierzu Löwe-Rosenberg Anm. I 2 zu § 116.

Untersuchung der rechtlichen Stellung des Gefangenen während des Untersuchungshaftvollzuges.

Ein Unterschied zwischen Anordnung und Vollzug der Untersuchungshaft ergibt sich sodann aus der jeweils verschiedenen Notwendigkeit, Rechte des Untersuchungsgefangenen zu begrenzen.

Die Anordnung der Untersuchungshaft ergeht gegenüber einem Menschen, der bisher in seiner Rechtsstellung prinzipiell unbeschränkt ist. Der richterliche Haftbefehl ordnet den Entzug der Bewegungsfreiheit an, greift aber darüber hinaus nur insoweit in die Rechtsstellung des Betroffenen ein, als sich dies zwingend aus dem Entzug der Bewegungsfreiheit ergibt.

Der Untersuchungshaftvollzug erfordert demgegenüber weitgehende Rechtsbegrenzungen. Er bezieht sich auf jemanden, dessen Bewegungsfreiheit bereits aufgehoben ist. Aus der Unterbringung in einer Haftanstalt ergeben sich notwendigerweise besondere Folgen für die Rechte des Betroffenen. Das Leben in einer Gemeinschaft verlangt eine Ordnung, die eine Begrenzung der Rechte der in ihr lebenden Menschen zugunsten der übergeordneten Ganzen mit sich bringt.

Im folgenden sind zunächst die konkreten, sich bei Anordnung und Vollzug der Untersuchungshaft ergebenden Grundrechtsbegrenzungen darzustellen. Sodann soll die Frage ihrer Rechtmäßigkeit geprüft werden.

1. Die durch die Anordnung der Untersuchungshaft inhaltlich berührten Grundrechte

Die Anordnung der Untersuchungshaft beeinträchtigt das durch Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistete Recht der Freiheit der Person. Hierunter ist allein das Recht auf freie körperliche Bewegung zu verstehen⁵⁹⁾.

59) Vgl. Maunz-Düring Anm. 49 zu Art. 2 Abs. 2; Hamann Anm. B 10 zu Art. 2; von Mangoldt-Klein Anm. VI, 2 a zu Art. 2 und Kern in: Die Grundrechte Bd. 2 S. 66.

Mit dem Entzug der Freiheit der Person ist begriffs-
notwendig eine Beeinträchtigung solcher Freiheits-
rechte verbunden, für deren Realisierung die Bewe-
gungsfreiheit eine unabdingbare Voraussetzung dar-
stellt⁶⁰⁾. So ergibt sich als notwendige Folge der
Durchführung der Verhaftung eine inhaltliche Begren-
zung des in Art. 11 GG normierten Grundrechts. Art.
11 Abs. 1 GG gewährt das Recht der Freizügigkeit im
ganzen Bundesgebiet⁶¹⁾. Nach einer Definition des
Bundesverfassungsgerichts⁶²⁾ bedeutet Freizügigkeit
die Möglichkeit, unbehindert durch die deutsche
Staatsgewalt an jedem Ort innerhalb des Bundesgebiets
Wohnsitz und Aufenthalt zu nehmen. Dieses Recht ist
dem Untersuchungsgefangenen entzogen⁶³⁾.

Art. 4 Abs. 2 GG gewährleistet die Freiheit der Re-
ligionsausübung. Sie enthält das Recht, ohne Behin-
derung durch staatliche Stellen im privaten sowie im
öffentlichen Bereich der gewählten Religion ent-
sprechend zu leben und an religiösen Veranstaltungen
teilzunehmen⁶⁴⁾. Der Untersuchungsgefangene kann na-
turgemäß von diesem Recht keinen ungeschmälernten Ge-
brauch machen.

Auch in seiner durch Art. 6 Abs. 2 GG gewährten Rechts-
position wird der Untersuchungsgefangene durch die
Aufhebung der persönlichen Bewegungsfreiheit be-
schränkt. Art. 6 Abs. 2 GG⁶⁵⁾ garantiert ihm das
Recht, seine Kinder in eigener Verantwortung zu er-
ziehen. Dadurch, daß der Untersuchungsgefangene in
einer Haftanstalt untergebracht ist, wird jedoch die
geistige Kommunikationsmöglichkeit zwischen ihm und
seinen Kindern eingeschränkt. Das kann zumindest auf
die Ausübung der Personensorge nicht ohne nachhaltigen
Einfluß bleiben.

60) Hierzu Kleinknecht, JZ 1953 S. 533 und Röhl, JZ
1954 S. 65.

61) Hierzu Maunz-Dürig Anm. zu Art. 11, vor allem Anm.
27 ff; Hamann Anm. B zu Art. 11; von Mangoldt-
Klein Anm. III zu Art. 11. Vgl. zur Frage der Aus-
reisefreiheit BVerfGE 6, 32 (34 ff.).

62) Vgl. BVerfGE 2, 266 Leitsatz 1.

63) Zum Verhältnis von Art. 11 und Art. 2 Abs. 2 S. 2
GG Maunz-Dürig Anm. 3 zu Art. 2 Abs. 2.

64) Vgl. hierzu Hamann Anm. B 5 zu Art. 4.

65) ES handelt sich hierbei um ein echtes Grundrecht:
Vgl. BVerfGE 4, 52 (57).

Art. 8 Abs. 1 GG garantiert jedem Deutschen das Recht der Versammlungsfreiheit ⁶⁶⁾. Damit ist die Möglichkeit gewährleistet, an Veranstaltungen teilzunehmen oder auch ihre Leitung zu übernehmen ⁶⁷⁾. Die Möglichkeit freier Leitung und Teilnahme an Veranstaltungen wird durch den Verlust der Bewegungsfreiheit beeinträchtigt.

Auch das Grundrecht des Art. 9 Abs. 1 GG bleibt nicht unberührt ⁶⁸⁾. Es gewährleistet für alle Deutschen das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden. Der in Art. 9 Abs. 1 GG verwendete Terminus "bilden" umschließt nach h.L. außer der Gründungsfreiheit auch die Freiheit des Beitritts, des Austritts sowie die Freiheit der Vereinstätigkeit ⁶⁹⁾. Die Vereinstätigkeit setzt jedoch persönliche Bewegungsfreiheit voraus.

Schließlich wird durch die Verhaftung auch das durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Recht der Freiheit des Berufs beeinträchtigt ⁷⁰⁾, da der Untersuchungsgefangene nicht mehr einer freigewählten Beschäftigung nachgehen darf.

2. Die durch den Vollzug der Untersuchungshaft berührten Grundrechte

Der Untersuchungshaftvollzug übertrifft an Zahl und Intensität der dem Betroffenen auferlegten Rechtsbeschränkungen den Akt der Verhaftung bei weitem. Viele Grundrechte, die durch die Verhaftung nur als Folge des Entzuges der körperlichen Bewegungsfreiheit und nur insoweit, als es zu diesem Zweck erforderlich ist, berührt werden, werden während des Haftvollzuges noch weitergehend modifiziert. Die Notwendigkeit hierzu er-

66) Hierzu Hamann Anm. B zu Art. 8 und von Mangoldt-Klein Anm. zu Art. 8.

67) So von Mangoldt-Klein Anm. III 1 zu Art. 8.

68) Vgl. hierzu von Mangoldt-Klein Anm. III zu Art. 9 und Hamann Anm. B zu Art. 9.

69) So von Mangoldt-Klein Anm. III 7 zu Art. 9 mit Literaturangaben.

70) Vgl. hierzu Hamann Anm. B zu Art. 12; vgl. auch BVerfGE 1, 48 (49 f.).

gibt sich aus den Gegebenheiten des Haftvollzuges. Der Untersuchungsgefangene wird in den Lebensrhythmus der Haftanstalt eingeordnet. Das Leben in einer Haftanstalt bedarf einer Ordnung, der sich alle Insassen unterwerfen müssen. Zudem muß dem Zweck der Untersuchungshaft genüge getan werden. Fluchtversuche und Verdunkelungstätigkeit müssen unterbunden werden.

Durch den Untersuchungshaftvollzug wird das durch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG gewährleistete Recht der körperlichen Bewegungsfreiheit und damit zugleich das in Art. 11 Abs. 1 GG normierte Grundrecht der Freizügigkeit noch weitergehend eingeschränkt als durch den Akt der Verhaftung. Die Ordnung der Haftanstalt und der Zweck der Untersuchungshaft machen eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit auch innerhalb der Haftanstalt erforderlich.

Weiter ist das durch Art. 4 Abs. 2 GG gewährleistete Recht auf Freiheit der Religionsausübung beschränkt. Soweit der Untersuchungsgefangene an religiösen Veranstaltungen außerhalb des Gefängnisses teilzunehmen gehindert ist, folgt dies aus dem Entzug der räumlichen Bewegungsfreiheit. Jedoch verlangt die Ordnung innerhalb der Haftanstalt auch darüber hinaus eine Beschränkung der Religionsausübung. Anderenfalls könnten der Untersuchungsgefangene beispielsweise zu jeder Zeit Einlaß in die Gefängniskapelle verlangen. Das ist jedoch im Interesse der Ordnung der Haftanstalt nicht möglich.

Ähnlich ist es mit dem durch Art. 6 Abs. 2 GG gewährleisteten Elternrecht, der Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG) und der Berufsfreiheit (Art. 12 GG). Ihre ungehinderte Ausübung müßte in den Haftanstalten zu unhaltbaren Zuständen führen, falls nicht eine wesentliche Erhöhung des Überwachungspersonals angeordnet würde ⁷¹⁾.

71) Vgl. hierzu Baumann, DRiZ 1959 S. 379.

Weiterhin macht der Untersuchungshaftvollzug eine Begrenzung des Rechts der Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) und des Briefgeheimnisses erforderlich. Ungehinderter Rundfunk- und Briefempfang erhöhen die Gefahr von Verdunklungshandlungen wesentlich.

Der Untersuchungshaftvollzug führt weiter zu einer Begrenzung des durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Grundrechts. Art. 2 Abs. 1 GG garantiert jedem das Recht ⁷²⁾ auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, "soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt" ⁷³⁾. Darüber, was unter Entfaltung der Persönlichkeit zu verstehen sei, herrscht Streit ⁷⁴⁾. Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, Art. 2 Abs. 1 GG enthalte vorwiegend das in Art. 1 Abs. 1 GG ausgesprochene Prinzip der Unantastbarkeit der menschlichen Würde. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit sei so lange nicht verletzt, als der Kernbereich, der das Wesen des Menschen als geistige und sittliche Person ausmache, von staatlichen Eingriffen unberührt bleibe ⁷⁵⁾. Diese Interpretation hat jedoch zu Recht von der h.L. Ablehnung erfahren, "denn es wäre nicht verständlich, wie die Entfaltung innerhalb dieses Kernbereichs gegen das Sittengesetz, die Rechte anderer oder sogar gegen die verfassungsmäßige Ordnung einer freiheitlichen Demokratie sollte verstoßen können" ⁷⁶⁾. Nach h.L. gewährt Art. 2 Abs. 1 GG die allgemeine Handlungsfreiheit.

Durch den Untersuchungshaftvollzug wird der Inhalt dieses Grundrechts modifiziert. Eine bestimmte Regelung des Tagesablaufs, ohne die ein geordnetes Zusam-

72) Die Frage, ob Art. 2 Abs. 1 GG ein echtes Grundrecht sei, ist zu bejahen. So Maunz-Dürig Anm. 5 zu Art. 2 Abs. 1; ebenso BVerfGE 6, 32 Leitsatz 2; a.A. von Mangoldt-Klein Anm. III 5 b zu Art. 2.

73) Vgl. zur "Schränkentrias" Maunz-Dürig Anm. 4 zu Art. 2 Abs. 1 GG und Anm. 12 ff.

74) v. Mangoldt-Klein Anm. II 2 zu Art. 2 bezeichnet den Art. 2 Abs. 1 mit Recht als die am stärksten überforderte Grundrechtsbestimmung.

menleben in einer Haftanstalt nicht denkbar ist, führt allenthalben zu einer Begrenzung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Beispielsweise greift die Festsetzung bestimmter Zeiten zum Aufstehen, zum Essenempfang sowie zum täglichen Spaziergang nicht unbeträchtlich in dieses Recht ein.

Ist eine bestimmte Regelung des Tagesgeschehens unumgänglich, so muß es auch Mittel geben, um die Beachtung dieser Ordnung durchzusetzen. Die Realisierung einer Anstaltsordnung ist bei solchen Gemeinschaften, deren Eintritt auf freiem Willensentschluß beruht ⁷⁷⁾, leicht möglich. Dort bietet sich der Ausschluß aus der Gemeinschaft als die schärfste Maßnahme an, um Zuwiderhandelnde zur Raison zu bringen. Mildere Sanktionen werden aus Furcht vor dieser schärfsten Maßnahme freiwillig akzeptiert. Dies ist bei dem Untersuchungsgefangenen naturgemäß anders. Hier kann die Beachtung der Ordnungsvorschriften nur durch die Möglichkeit einer Beschränkung der dem Untersuchungsgefangenen auch während der Haft zustehenden Rechte gewährleistet werden ⁷⁸⁾. Damit wird aber jedesmal der grundrechtlich geschützte Rechtskreis des Betroffenen und falls keine speziellen Bestimmungen einschlägig sind, das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit berührt.

II. § 112 StPO als gesetzliche Grundlage der sich aus der Verhaftung ergebenden Grundrechtsbegrenzungen

Es ist nun zu prüfen, ob die sich aus der Anordnung der Untersuchungshaft ergebenden Grundrechtsbeschränkungen durch eine positive Rechtsnorm gedeckt sind.

75) Vgl. VGH Freiburg Urt. v. 12.9.1955, JZ 1956 S. 25 und OVG Rhld.Pfalz Urt. v. 16.5.1956, DÖV 1956 S. 631.

76) so BVerfGE 6, 32 S. 36. Die Auffassung des BVerfG wird hier zugrundegelegt.

77) Vgl. zum Beispiel der Universität Thieme, Deutsches Hochschulrecht S. 322 ff.

78) Vgl. vorläufig Nr. 68 UVollzO.

Durch den Haftbefehl werden, wie oben dargelegt, die in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 4 Abs. 2 GG; Art. 6 Abs. 2 GG; Art. 8 GG; Art. 9 GG; Art. 11 GG und Art. 12 GG enthaltenen Grundrechte eingeschränkt. Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Einschränkung der aufgezählten Grundrechte taucht das Problem auf, ob bei Erlass des Haftbefehls alle Kautelen eingehalten werden müssen, die die Verfassung für die Beschränkung der einzelnen Grundrechte aufgestellt hat, oder ob es genügt, daß allein den rechtlichen Erfordernissen, die für eine inhaltliche Modifizierung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG bestehen, Genüge getan wird ⁷⁹⁾. Es ist davon auszugehen, daß in der Beschränkungsmöglichkeit eines Grundrechts immer dann und soweit die eines anderen enthalten ist, als die Beschränkung dieses Grundrechts die notwendige sekundäre Folge der Beeinträchtigung des anderen ist ⁸⁰⁾. Daraus ergibt sich: Ist der Inhalt der Bewegungsfreiheit rechtmäßig begrenzt, so verlieren die mitbetroffenen Freiheitsrechte insoweit ihre Wirkung, als ihre Ausübungsmöglichkeit notwendig von der Gewährleistung der körperlichen Bewegungsfreiheit abhängig ist.

Bei Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG sind an das einschränkende Gesetz besondere Anforderungen zu stellen. Eine Ergänzung des in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG normierten Gesetzesvorbehalts enthält Art. 104 GG ⁸¹⁾. Gemäß Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG darf die Freiheit der Person nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden. Art. 104 GG erhebt die Pflicht zur Innehaltung des vorgeschriebenen Verfahrens zum Verfassungsgebot. Damit ist

79) Spannagel S. 104 meint, in solchen Fällen liege keine inhaltliche Begrenzung der Grundrechte vor, es ruhe lediglich ihre Ausübung.

80) So auch Leisner, DVBl 1960 S. 624; von Münch, JZ 1958 S. 75 spricht in diesem Zusammenhang von faktischer Einschränkung.

81) Bestritten ist, ob Art. 104 GG ein selbständiges Grundrecht sei. Bejahend Kern in: Die Grundrechte Bd. 2 S. 71, verneinend Maunz-Dürig Anm. 1 zu Art. 104.

bei einer Nichtbeachtung des beschränkenden Gesetzes der Weg zum Verfassungsgericht frei ⁸²⁾.

Prüft man den § 112 StPO darauf, ob er diesen Anforderungen entspricht, so fällt ein Mangel auf. In § 112 StPO ist eine ausdrückliche Nominierung des betroffenen Grundrechts unter Angabe des Artikels unterblieben. Art. 16 StPÄG entspricht diesem Erfordernis nur bezüglich der in § 112 Abs. 3 und 4 StPO neu eingeführten Haftgründe. Damit scheint § 112 StPO, soweit er die Verhängung der Untersuchungshaft auch bei Flucht und Verdunkelungsgefahr zuläßt, verfassungswidrig zu sein. Dieses Problem ist jedoch inzwischen eindeutig geklärt ⁸³⁾. Im Anschluß an einen Beschluß des Bundesverfassungsgerichts ⁸⁴⁾ hat sich die Meinung durchgesetzt, daß das formelle Erfordernis des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG nur für nachkonstitutionelle Gesetze gelte, vorkonstitutionelles Recht dagegen immer dann seine Gültigkeit behalte, wenn es materiell mit dem Grundgesetz übereinstimme. Die Rechtslage bezüglich des § 112 StPO liegt jedoch insofern anders, als es sich hierbei um eine Norm handelt, die durch das StPÄG vom 19.12.1964 neu gefaßt worden ist. § 112 StPO stellt damit eine nachkonstitutionelle Rechtsnorm dar. Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch in einem Beschluß vom 25.5.1956 ⁸⁵⁾ die Auffassung vertreten, daß Artikel 19 Abs. 1 Satz 2 GG auch auf solches nachkonstitutionelles Recht keine Anwendung finde, das lediglich bereits geltende Grundrechtsbegrenzungen unverändert oder mit geringen Abweichungen wiederhole. Diese Vorschrift solle lediglich eingreifen, wenn neue, dem bisherigen Recht fremde Möglichkeiten des Eingriffs in Grundrechte geschaffen würden. Ob diese Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nicht gegen den klaren Wortlaut des Grundgesetzes verstößt, bleibe dahingestellt.

82) So richtig Maunz-Dürig Anm. 19 zu Art. 104.

83) Vgl. Hamann Anm. 4 zu Art. 123 und BGHZ 5, 46 (54 f.) und Maunz-Dürig Anm. 9 zu Art. 123.

84) BVerfGE 2, 121.

85) BVerfGE 5, 13 (16). Vgl. auch Beschl. des BVerfG vom 19.2.1963, NJW 63 S. 755.

Sicherlich wird man aber zugeben müssen, daß das Gericht sich hier an der Grenze dessen bewegt, was bei der Auslegung einer Verfassungsnorm hinsichtlich ihres klaren Wortlautes überhaupt noch zulässig ist.

Die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts hat sich der Gesetzgeber zu eigen gemacht, als er dem Formerfordernis des Art. 19 Abs. 1 GG nur bezüglich der neu eingeführten Haftgründe Genüge leistete. Damit ist an der rechtswirksamen Einschränkung der Bewegungsfreiheit durch § 112 StPO nicht zu zweifeln.

Als Ergebnis der bisherigen Erörterungen ist festzuhalten: Die Anordnung der Untersuchungshaft greift vornehmlich in das Recht der Bewegungsfreiheit ein. Andere Freiheitsrechte werden insoweit eingeschränkt, als der Entzug der persönlichen Freiheit notwendig ihre Beschränkung in sich schließt. § 112 StPO enthält eine rechtsgültige Begrenzung des in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleisteten Grundrechts der Freiheit der Person und damit zugleich auch derjenigen Freiheitsrechte, deren Beschränkung sich notwendig aus dem Entzug der Bewegungsfreiheit ergibt.

III. § 119 Abs. 3 StPO als gesetzliche Grundlage der sich aus dem Vollzug der Untersuchungshaft ergebenden Grundrechtsbegrenzungen

Es ist zu untersuchen, ob die aus dem Vollzug der Untersuchungshaft sich ergebenden Grundrechtsbegrenzungen ebenso wie beim Akt der Verhaftung eine Stütze im positiven Recht finden. Zunächst sollen die den Untersuchungshaftvollzug betreffenden bundesrechtlichen Vorschriften geprüft werden. Dies setzt jedoch eine Kenntnis der den Untersuchungshaftvollzug regelnden bundesrechtlichen Normen voraus, die daher zunächst kurz darzustellen sind.

Die wichtigste Norm enthält § 119 Abs. 3 StPO, der vielfach als magna charta des Untersuchungsgefangenen bezeichnet wird ⁸⁶⁾. Er zeigt generell die Gesichtspunkte

86) Vgl. Dallinger, MDR 1951 S. 121; Röhl, JZ 1954 S. 65; Wagner, JW 1928 S. 2963; Löwe-Rosenberg Anm. III 1 zu § 116.

nach denen eine Beschränkung der Rechtsstellung des Untersuchungsgefangenen vom Gesetzgeber für zulässig gehalten wird. Gemäß § 119 Abs. 3 StPO dürfen dem Häftling nur solche Beschränkungen auferlegt werden, die der Zweck der Untersuchungshaft oder die Ordnung der Haftanstalt erforderlich machen.

Nach § 119 Abs. 6 StPO darf die durch § 119 Abs. 3 StPO erlaubten Maßnahmen allein der Richter anordnen ⁸⁷⁾. In Notfällen, d.h. dann, wenn ohne Entstehung eines im Verhältnis zum Eingriff in die Rechte des Untersuchungsgefangenen übermäßig großen Schadens die Entscheidung des Richters nicht abgewartet werden kann ⁸⁸⁾, sind der Anstaltsleiter, der beaufsichtigende Beamte oder der Staatsanwalt befugt, entsprechende Anordnungen zu treffen. Diese bedürfen jedoch der nachträglichen Genehmigung des Richters ⁸⁹⁾. Die in § 119 Abs. 3 StPO normierte Befugnis des Richters wird durch spezielle Vorschriften eingeengt. Gemäß Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG dürfen festgehaltene Personen weder seelisch noch körperlich mißhandelt werden ⁹⁰⁾. Das gilt auch dann, wenn etwa die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Anstalt eine körperliche Mißhandlung angebracht erscheinen ließe. Es sei in diesem Zusammenhang bereits darauf hingewiesen, daß Nr. 68 Abs. 1 Nr. 5 und 6 UVollzO. als Hausstrafe

87) In der Literatur ist umstritten, ob auch gewährende Anordnungen unter § 119 Abs. 6 fallen. Vgl. hierzu Kleinknecht, JZ 1953 S. 532.

88) Löwe-Rosenberg Anm. V 4 a zu § 116 weist mit Recht darauf hin, daß die Möglichkeit, die richterliche Genehmigung fernmündlich einzuholen, für solche dringenden Fälle wenig Raum lasse.

89) Nach Löwe-Rosenberg Anm. V 4 c zu § 116 nimmt der Richter bereits erledigte Anordnungen lediglich zur Kenntnis. Nach Kleinknecht, JZ 1953 S. 532 soll dies nur dann gelten, wenn es sich um offenbar nicht zu beanstandende Maßnahmen handle, anderenfalls müsse sich der Richter zustimmend oder mißbilligend äußern. Vgl. über den Zeitpunkt der richterlichen Genehmigung Röhl, JZ 1954 S. 66.

90) Der Begriff der körperlichen Mißhandlung ist übereinstimmend mit dem gleichlautenden Begriff des § 223 StGB zu interpretieren. Vgl. Maunz-Dürig Anm. 21 f zu Art. 104 GG.

gegen den Untersuchungsgefangenen die Schmälerung der Kost und die Anordnung harten Lagers kennt ⁹¹⁾, ein bedenklicher Rückfall in mittelalterliche Verfahrensmethoden.

Eine weitere spezielle Begrenzung der grundsätzlichen Eingriffsbefugnis des § 119 Abs. 3 StPO stellt § 119 Abs. 5 StPO dar. Diese Norm regelt die Voraussetzungen, unter denen der Untersuchungsgefangene gefesselt werden darf. Diese Frage soll im letzten Teil der Arbeit untersucht werden.

§ 119 Abs. 4 StPO gestattet dem Gefangenen, sich Bequemlichkeiten und Beschäftigungen zu verschaffen, soweit das mit dem Zweck der Haft und der Ordnung innerhalb der Anstalt vereinbar ist. Sie bringt damit in positiver Fassung lediglich das zum Ausdruck, was bereits in § 119 Abs. 3 StPO negativ als Grenze der Anordnungsbefugnis des Richters festgesetzt ist.

Regelungen, die nicht nur die Rechtsstellung des Untersuchungsgefangenen betreffen, sondern die zudem bestimmte organisatorische Ziele verfolgen, enthalten § 119 Abs. 1 und Abs. 2 StPO. In diesen Normen ist das sogenannte Trennungsprinzip begründet. Hierauf wird im letzten Teil der Arbeit näher eingegangen.

Prüft man die den Untersuchungshaftvollzug regelnden Normen ⁹²⁾ daraufhin, welche Bestimmung die Grundrechte einschränken könnte, so kommt allein § 119 Abs. 3 StPO in Betracht. Diese Norm entspricht dem § 116 Abs. 2 der früheren Fassung der StPO. In der Tat wird von der h.L. in Theorie und Praxis der § 116 Abs. 2 StPO a.F. als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für Begrenzungen grundrechtlich geschützter Rechtspositionen des Untersuchungsgefangenen betrachtet ⁹³⁾.

91) Hiergegen mit Recht Karrasch S. 226, der die Abschaffung der Disziplinarstrafe der Kostschmälerung und des harten Lagers fordert.

92) Anmerkungshalber sei auf § 70 Bundeswahlordnung hingewiesen, der die Ausübung des Wahlrechts des Untersuchungsgefangenen regelt. Vgl. auch § 3 Bundeswahlgesetz.

93) Vgl. hierzu Baumann, DRiZ 1959 S. 379; Dallinger, MDR 1951 S. 121; Franz, NJW 1965 S. 25; Röhl, JZ 1954

Allerdings wird mit der Argumentation aus § 116 Abs. 2 StPO a.F. häufig ein Hinweis auf das besondere Gewaltverhältnis verbunden, in dem der Gefangene stehe. So meint das Bundesverfassungsgericht ⁹⁴⁾, § 116 Abs. 2 StPO a.F. umreißt die Gesichtspunkte zutreffend, unter denen die Natur des besonderen Gewaltverhältnisses des Untersuchungsgefangenen Beschränkungen seiner Rechte ermögliche ⁹⁵⁾. Dieser Auffassung des Bundesverfassungsgerichts liegt eine richtige Erwägung zugrunde. Im Untersuchungshaftvollzug werden, wie beispielsweise die Notwendigkeit einer inhaltlichen Begrenzung der Kultus- und Versammlungsfreiheit deutlich macht, auch solche Grundrechte berührt, für die der Verfassungsgeber eine gesetzliche Begrenzungsmöglichkeit nicht vorgesehen hat. Diese Modifizierungen des Inhalts der Freiheitsrechte sind aber in der Praxis üblich und die Notwendigkeit hierzu wird jedem unvoreingenommenen Beobachter einsichtig sein. Sie schlechthin als verfassungswidrig zu erklären ⁹⁶⁾, erscheint unrealistisch. Aus diesem Grunde kann § 119 Abs. 3 StPO nicht als ausreichende Grundlage für Grundrechtsbegrenzungen im Untersuchungshaftvollzug angesehen werden.

S. 65; Beschl. d. OLG Bremen vom 25.11.1950, MDR 51 S. 121; Beschl. d. OLG Celle vom 27.2.1951, NJW 1951 S. 676; BVerfG. Beschl. vom 19.2.1963, BVerfGE 15, 288 ff.; OLG Hamburg Beschl. vom 19.4.1962, NJW 1962 S. 1633; OLG Hamburg Beschl. vom 29.1.1959, NJW 1959 S. 903; LG Braunschweig Beschl. vom 4.11.1950, NJW 1951 S. 85.

94) Vgl. BVerfG Beschl. vom 19.2.1963, BVerfGE 15, 288 ff.

95) Auch das OLG Hamburg, Beschl. vom 19.4.1962, NJW 1962 S. 1633 läßt nicht eindeutig erkennen, ob es entscheidend auf § 116 Abs. 2 StPO a.F. oder auf die Natur des besonderen Gewaltverhältnisses abstellt.

96) Diese Konsequenz muß Forsthoff ziehen. Vgl. S. 117.

IV. Die Untersuchungshaftvollzugsordnung als Grundlage der sich aus dem Vollzug der Untersuchungshaft ergebenden Grundrechtsbegrenzungen

Bieten die den Untersuchungshaftvollzug regelnden bundesrechtlichen Vorschriften keine gesetzliche Grundlage für die sich ergebenden Grundrechtsbegrenzungen, so muß geprüft werden, ob die landesrechtlichen Vorschriften weiterhelfen. Sie sind vornehmlich in der UVollzO zusammengefaßt.

Die UVollzO enthält eine ins Detail gehende Regelung der Rechte und Pflichten des Untersuchungsgefangenen. Es ist zu prüfen, ob sie eine rechtmäßige, inhaltliche Begrenzung der Grundrechte des Untersuchungsgefangenen herbeiführen kann.

Die UVollzO beruht auf einer Abmachung der Landesjustizverwaltungen ⁹⁷⁾, die den Erlaß einer bundeseinheitlichen UVollzO vereinbarten und sie am 12. Februar 1953 mit Wirkung vom 1. Mai 1953 für den Bereich ihrer Länder in Kraft setzten ⁹⁸⁾.

Zieht man in Erwägung, daß vor der Schaffung der UVollzO die Behandlung des Untersuchungsgefangenen in dem damaligen § 116 Abs. 2 StPO eine nur ungenügende gesetzliche Regelung fand, so mag es verständlich erscheinen, daß die neue UVollzO allseits freudig begrüßt wurde. Ob man jedoch der Feststellung Kleinknechts ⁹⁹⁾, die neue UVollzO enthalte tiefdurchdachte, rechtsstaatliche Richtlinien für den modernen Vollzug der Untersuchungshaft, folgen darf, erscheint zweifelhaft ¹⁰⁰⁾.

97) Vgl. hierzu die Einleitung im amtlichen Text der UVollzO.

98) Der im Benehmen mit den Bundesländern gebildete Fachausschuß unter Führung Dallingers hatte den Entwurf einer UVollzO bereits am 16.5.1951 fertiggestellt. Die UVollzO gilt jetzt in der Fassung vom 1.1.1960.

99) Kleinknecht, JZ 1953 S. 534. Vgl. auch Löwe-Rosenberg Anm. I 2 zu § 116.

100) Vgl. Grunau, DRiZ 1960 S. 396 f. Er wehrt sich gegen die von Baumann in DRiZ 1959 S. 379 geäußerte Kritik an der UVollzO. Diesen Zweifel vermögen auch die Argumente Grunaus, DRiZ 1960 S. 396 f. nicht auszuräumen. Er ist der Auffassung, bereits die Art des Zustandekommens der UVollzO spreche gegen die Annahme,

Die rechtliche Würdigung, die der UVollzO in Praxis und Lehre zuteil geworden ist, kann weder als erschöpfend noch als einheitlich bezeichnet werden ¹⁰¹⁾. Es wird bei ihrer Beurteilung allgemein von der traditionellen Unterscheidung zwischen Rechtsverordnung ¹⁰²⁾ und Verwaltungsverordnung ausgegangen. Rechtsverordnungen sind nach h.L. Rechtssätze im materiellen Sinn. Sie wenden sich an die Allgemeinheit und begründen Rechte und Pflichten für jedermann. Demgegenüber sind Verwaltungsverordnungen ¹⁰³⁾ allgemeine Verwaltungsvorschriften, die nur verwaltungsinterne Verbindlichkeit aufweisen. Sie sind nicht in der Lage, Rechte und Pflichten Dritter zu begründen ¹⁰⁴⁾.

Die h.L. ¹⁰⁵⁾ kommt zu dem Ergebnis, daß die UVollzO eine allgemeine Verwaltungsverordnung sei ¹⁰⁶⁾. Die Rechtsstellung des Untersuchungsgefangenen werde allein durch § 116 StPO a.F. bestimmt. Die Bedeutung der UVollzO liege darin, daß sie für den Richter eine von erfahrenen Fachleuten aufgestellte Richtlinie darstelle, an der er seine Maßnahmen ausrichten könne ¹⁰⁷⁾.

der Inhalt könne grundgesetzwidrig sein, sei doch die UVollzO in freier Erörterung zwischen Vertretern der Justizministerien, Haftrichtern, Staatsanwälten, Strafverteidigern und Vollzugsbeamten einstimmig gebilligt worden. Diese Begründung Grunaus ist unwissenschaftlich.

- 101) Vgl. einerseits die Auffassung des BVerfG Beschl. vom 19.2.1963, BVerfGE 15, 288 ff., andererseits die des OLG Bremen, Beschl. vom 3.3.1956, NJW 1956 S. 922. Vgl. auch Löwe-Rosenberg Anm. I 2 zu § 116 StPO.
- 102) Vgl. zum Begriff der Rechtsverordnung Forsthoff S. 119 ff., Hamann Anm. zu Art. 80; Maunz S. 203 f.
- 103) Vgl. über die neueren Auffassungen bezüglich der Rechtsqualität der in besonderen Gewaltverhältnissen ergehenden Verwaltungsverordnungen Brohm, DÖV 1964 S. 241 ff.
- 104) Die Unterscheidung zwischen RVO und VerVO beruht auf einer Auffassung, die die Beziehungen des Einzelnen zum Staat in ein Innen- und Außenverhältnis aufteilt. Vgl. Forsthoff S. 116.
- 105) Vgl. Röhl, JZ 1954 S. 65; BVerfGE 15, 288 ff.
- 106) Ebenso OLG Hamburg Beschl. vom 29.1.1959, NJW 1959 S. 903; OLG Köln Beschl. vom 16.6.1953, MDR 1953 S. 570; Dallinger, MDR 1951 S. 122; Kleinknecht, JZ 1953 S. 531 f.
- 107) Vgl. hierzu auch Kleinknecht-Müller, Anm. 1 zu § 116 und Beschl. d. OLG Celle vom 27.2.1951, NJW 1951 S. 676. Vgl. auch Dallinger, MDR 1951 S. 121.

Auf die rechtliche Qualifizierung der UVollzO durch die h.L. kommt es jedoch hier nicht entscheidend an. Eine grundrechtsbegrenzende Wirkung kann den Bestimmungen der UVollzO auf keinen Fall zukommen. Grundrechte können, soweit sie einen Gesetzesvorbehalt haben, nur durch förmliche Gesetze oder auf Grund solcher Gesetze durch Rechtsverordnungen gemäß Art. 80 GG beschränkt werden. Die UVollzO ist jedoch weder ein förmliches Gesetz, noch ist den Voraussetzungen des Art. 80 GG Genüge getan.

Soweit die Regelungen der UVollzO in dieser Arbeit herangezogen werden, sollen sie lediglich als Indiz der in der täglichen Praxis der Haftanstalten geübten Verfahrensweise betrachtet werden. Als solches sind sie für diese Arbeit nicht zu entbehren.

C. Die Begrenzung der Grundrechte des Untersuchungsgefangenen durch Gewohnheitsrecht

Gewähren die positivrechtlichen Normen keine Grundlage für eine inhaltliche Begrenzung der Grundrechte des Untersuchungsgefangenen, so ist - bevor eine Lösung der Problematik vom Rechtsinstitut des besonderen Gewaltverhältnisses her versucht wird - zu prüfen, ob die Modifizierung seiner Rechtsposition gewohnheitsrechtlich begründet werden kann. Eine solche Feststellung wäre geeignet, die UVollzO in ein wesentlich günstigeres, rechtsstaatliches Licht zu rücken. Ihre rechtsbeschränkenden Vorschriften könnten dann als deklaratorischer Ausdruck gewohnheitsrechtlicher Normen gewertet werden ¹⁰⁸⁾.

Gegen eine gewohnheitsrechtliche Geltung der den Untersuchungsgefangenen beschränkenden Normen der UVollzO erheben sich jedoch verfassungsrechtliche Bedenken. Wurde zur Weimarer Zeit die Beeinflussung der Grundrechtseffektivität durch Gewohnheitsrecht als zulässig angesehen, so ist heute eine gewohnheitsrechtliche Begrenzung grundrechtlich geschützter Rechtspositionen nicht mehr möglich. Grundrechtsbeschränkungen sind nur durch allgemeine, nicht lediglich

108) Vgl. zu derselben Problematik beim Strafvollzug Spanagel S. 43 ff. und Karrasch S. 12 f.

für den Einzelfall geltende Gesetze statthaft 109).

Die sich aus dem Vollzug der Untersuchungshaft ergebenden Grundrechtsbegrenzungen können daher nicht mit einem Hinweis auf Gewohnheitsrecht begründet werden. Infolgedessen kann auch die UVollzO insoweit kein Gewohnheitsrecht enthalten.

D. Die Begrenzung der Grundrechte des Untersuchungsgefangenen durch das Institut des besonderen Gewaltverhältnisses

Die inhaltliche Begrenzung der Grundrechte des Untersuchungsgefangenen läßt sich weder durch positivrechtliche Normen noch durch einen Hinweis auf das Gewohnheitsrecht stützen. So bleibt noch die Möglichkeit, sie als wesensgemäße Folge des besonderen Gewaltverhältnisses zu betrachten, in dem der Untersuchungsgefangene steht.

Das Verhältnis zwischen Grundrechten und besonderen Gewaltverhältnissen ist in Rechtsprechung und Lehre unklar. Die h.L. 110) stellt die besonderen Gewaltverhältnisse als Unterordnungsverhältnisse den Grundrechten als Freiheitsrechten gegenüber. Das Spannungsverhältnis, das zwischen Unterordnung einerseits und Freiheit andererseits bestehe, müsse zu Konfliktsituationen führen.

Dieser Ausgangspunkt der h.L. beruht auf Vorstellungen, die aus der Zeit des formalen Rechtspositivismus überkommen sind. In diesem wurden die besonderen Gewaltverhältnisse als rechtsfreie Räume konstruiert und dem allgemeinen Gewaltverhältnis als vom Recht erfüllten Raum gegenübergestellt. Die Suche nach einer heute gültigen Lösung der Problematik erfordert daher eine kritische Auseinandersetzung.

109) Vgl. Hamann Anm. C 2 zu Art. 19 GG.

110) Vgl. hierzu Perschel S. 19 und v. Münch S. 35.

I. Das besondere Gewaltverhältnis in der Zeit des Rechtspositivismus

Die besonderen Gewaltverhältnisse rückten zunächst von zwei Gesichtspunkten her in das Blickfeld der Wissenschaft ¹¹¹⁾. Sie waren von Bedeutung für die Frage nach der Natur des Staatsdienerverhältnisses ¹¹²⁾ und die nach dem Unterschied von Kriminal- und Disziplinarstrafe.

Auf den Grundlagen des formalistischen Positivismus entwickelte sich dann eine allgemeine Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis, die namentlich durch Laband repräsentiert wurde ¹¹³⁾.

Nach Labands Ansicht muß die Rechtswissenschaft die neu entstandenen öffentlich-rechtlichen Verhältnisse analysieren, indem sie die allgemeinen Rechtsbegriffe sucht, denen sie untergeordnet sind ¹¹⁴⁾. Das Staatsrecht ist "Recht und nichts als Recht" ¹¹⁵⁾. Infolgedessen finden sich auch im Staatsrecht nur die Verwendung und Verbindung allgemeiner Rechtsbegriffe ¹¹⁶⁾. Es ist unmöglich, daß uns hier eine Erscheinung entgegentritt, die nicht in hergebrachte Kategorien eingeordnet und unter allgemeine Rechtsbegriffe subsumiert werden kann. Das gilt auch für die besonderen Gewaltverhältnisse.

Bei der Suche nach diesen allgemeinen Rechtsbegriffen greift Laband auf das Privatrecht zurück. Viele im Privatrecht verwendete Begriffe seien allgemeiner Natur,

111) Vgl. hierzu Thoma, Polizeibefehl, S. 19.

112) Hier läßt sich die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis bis 1845 zurückverfolgen. Vgl. Schmitt-henner S. 509: "Es ist freilich kein Obligationsverhältnis, sondern ein besonderes öffentliches, folglich ein organisches Subjektionsverhältnis, welches durch den Staatsdienstvertrag gegründet wird."

113) Vgl. hierzu Laband, Vorw. zur 1. und 2. Aufl.; v. Gerber, Vorrede zur ersten Auflage; G. Jellinek, Staatslehre S. 50 ff.; vgl. auch v. Hippel S. 674 ff.

114) Vgl. Laband, Vorw. zur 1. Aufl. S. VI.

115) Vgl. hierzu v. Gierke, Labands Staatsrecht S. 4.

116) Vgl. hierzu Laband, Vorwort zur 1. Aufl. S. VI.

so daß sie nach Eliminierung der privatrechtlichen Merkmale bei der Erforschung öffentlich-rechtlicher Institute dienlich sein könnten. Durch ein solches Vorgehen entfällt die Gefahr, daß eine korrekte Definition dogmatischer Grundbegriffe durch politische oder staatsphilosophische Überlegungen verhindert werde ¹¹⁷⁾.

Den besonderen Gewaltverhältnissen ist - wie bereits das Wort ausdrückt - eine Gewalt wesentlich ¹¹⁸⁾. Der Begriff der Gewalt begegnet im Privatrecht, insbesondere im Familienrecht ¹¹⁹⁾. Er wird sodann verwendet, um das Charakteristikum des Verhältnisses zwischen Staatsbürger und Staat auszudrücken. "Was nun aber von dem allgemeinen Untertanverhältnis gilt, daß muß grundsätzlich auch von den besonderen Gewaltverhältnissen richtig sein" ¹²⁰⁾.

Die Erkenntnis der Rechtsnatur des besonderen Gewaltverhältnisses setzt daher zunächst eine Klärung des Begriffes der Gewalt voraus, wie sie im allgemeinen Untertanverhältnis zu finden ist. Im Anschluß hieran ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls inwiefern diese Gewalt im besonderen Gewaltverhältnis modifiziert wird.

-
- 117) Diese Forderung erhebt auch v. Gerber, wenn er im Vorwort tadelnd bemerkt: "Ein Teil unserer Schriftsteller scheint die Aufgabe der rechtlichen Bestimmung der durch unsere modernen Verfassungen gegebenen Begriffe nicht sowohl als eine juristische, denn als eine staatsphilosophische oder politische anzusehen". Vgl. auch G. Meyer, Vorwort: "Mein Buch soll Staatsrecht sein, und nicht Politik". B.Schmidt S. 76 wendet sich gegen die Bevorzugung des juristischen Elements im Staat. v. Gierke, Labands Staatsrecht S. 9 bezweifelt, daß es Laband gelungen sei, in seinem Staatsrecht die Politik auszuklammern.
- 118) Hiergegen Arndt, Staatsrecht S. 635, die besonderen Gewaltverhältnisse seien dazu da, um die Gewalt des Staates zu beschränken.
- 119) Vgl. zum Rückgriff auf das Privatrecht v. Gerber S. 46: Im Familienrecht liege ebenso wie beim Gewaltrecht des Staates das begründende Moment nicht in der Willkür des privaten Willens, sondern in der höheren sittlichen Naturgrundlage des Rechts. Laband I S. 433 verweist auf das dem Privatrecht entstammende Verhältnis der Vasallität; vgl. weiter G. Jellinek, Staatslehre, S. 428.
- 120) Zitiert aus Nawiasky, Forderungs- und Gewaltverhältnis S. 16.

1. Das allgemeine Gewaltverhältnis

a) Der Staat als Rechtssubjekt

Die Erkenntnis des Wesens der im allgemeinen Gewaltverhältnis¹²¹⁾ vorherrschenden Gewalt, setzt eine Kenntnis der Natur des Staates¹²²⁾ voraus. Von der Auffassung über die Natur des Staates hängt es nämlich ab, welche rechtlichen Eigenschaften diese Gewalt hat.

Es gibt nach damaliger Anschauung theoretisch drei Möglichkeiten¹²³⁾ der juristischen Erfassung des Staates.

Von Seydel¹²⁴⁾ faßt den Staat als Rechtsobjekt auf¹²⁵⁾. Nach seiner Auffassung besteht der Staat aus Land und Leuten, die von einem höchsten Willen beherrscht werden. Der höchste Wille steht nicht

121) Das allgemeine Gewaltverhältnis ist nach damals herrschender Auffassung ein Rechtsverhältnis. Vgl. G. Jellinek, Staatslehre, S. 418 ff.

122) Der Staat erscheint für die damals herrschende Lehre als so eng mit dem Recht verknüpft, daß er selbst in diesem Recht stehen muß. Es ist Aufgabe der Staatslehre, den Rechtsbegriff des Staates aufzudecken. Der Rechtsbegriff des Staates hat nach damaliger Auffassung nicht die Funktion, den Staat als faktische Erscheinung in der Welt realen Seins zu kennzeichnen. Der Staat muß vielmehr unter getrennten Aspekten betrachtet werden. Einmal ist der Staat eine soziale Erscheinung in der gesellschaftlichen Sphäre, die allein einer historisch-politischen und soziologischen Betrachtungsweise zugänglich ist. Zum anderen ist der Staat eine rechtliche Institution, deren Erforschung Reservat der Rechtswissenschaft bleibt. Vgl. G. Jellinek S. 162.

123) Vgl. hierzu G. Jellinek, Staatslehre S. 164.

124) von Seydel S. 4 und S. 7 f.; G. Jellinek, Staatslehre S. 166 weist darauf hin, daß auch O. Mayer, der den Staat als Anstalt auffasse, eine ähnliche These vertrete.

125) Menzel S. 41 hält dies nicht für eine Möglichkeit juristischer Erfassung des Staates, da in dieser Auffassung eine Negation von Rechtsbeziehungen zwischen Herrschern und Beherrschten liege.

im Staat, sondern erhebt sich über ihn. Erst das Unterworfensein unter diesen Willen gibt Land und Leuten die staatliche Eigenschaft. Somit ist der Staat das Objekt eines höchsten Willens. "Staat und Herrschaft sind so sehr zweierlei, wie Eigentum und Eigentümer" ¹²⁶⁾. Diese Theorie konnte sich nicht durchsetzen ¹²⁷⁾. Das Vorhandensein eines Rechtsobjektes setzt das eines Rechtssubjektes voraus. Betrachtet man den Staat, d.h. Land und Leute als Rechtsobjekte, so bleiben als Rechtssubjekte nur der oder die Herrscher übrig. Sind aber allein die Herrscher Rechtssubjekte, so kann dem Untertan niemals Rechtssubjektivität verliehen werden ¹²⁸⁾. Diese schwerwiegende praktische Konsequenz paart sich mit logischen Bedenken. Auch die Herrscher gehören als Personen zum Staat. Soweit sie nun Herrscher sind, besitzen sie Rechtssubjektivität. Soweit sie Volk sind, muß ihnen diese jedoch abgesprochen werden, anderen falls wäre nämlich im Rechtsobjekt Staat zugleich das Rechtssubjekt Herrscher enthalten. Das ist logisch undenkbar.

Eine andere Lehrmeinung faßte den Staat als Rechtsverhältnis auf ¹²⁹⁾. Nach Loening ist der Staat "ein reales Rechtsverhältnis zwischen Herrscher und Beherrschten" ¹³⁰⁾. Diese Beziehung zwischen Herrscher und Beherrschten bestimmt das juristische Wesen des Staates. Jellinek ¹³¹⁾ hat dieser Auffassung entgegengehalten, sie löse die Einheit des Staates auf. Eine Aussage über den Staat könne nur dann von Bedeutung sein, wenn hierdurch ein dem Staate wesentliches Charakteristikum deutlich werde. Das zwischen Herrscher und Beherrsch-

126) von Seydel S. 4.

127) Vgl. zur Kritik, O. Mayer, Festgabe S. 52; Jellinek, Staatslehre S. 164 ff.; Seidler S. 53.

128) So G. Jellinek, Staatslehre S. 164.

129) Vgl. Loening, Handw. d. Staatsw. S. 702; Bierling, I S. 312 f.

130) Loening, Handw. d. Staatsw. S. 702.

131) G. Jellinek, Staatslehre S. 167.

ten bestehende Rechtsverhältnis ist jedoch dauerndem Wechsel unterworfen und eignet sich somit wegen seiner Diskontinuität nicht dazu, das Wesen des Staates zu bestimmen ¹³²⁾.

Die damals herrschende Auffassung betrachtete den Staat als Rechtssubjekt ¹³³⁾. Für sie ist die "Auffassung des Staates als eines persönlichen Wesens die Voraussetzung jeder juristischen Konstruktion des Staatsrechts" ¹³⁴⁾. Der Einzelne steht in zwei Beziehungen zum Staat. Einmal dient er als Staatsbürger diesem Gemeinzwirk, zum anderen verfolgt er im Staat seine Individualinteressen. Soweit er dem Gesamtinteresse dient, verliert er seine Qualifikation als juristische Persönlichkeit. Soweit er dagegen seine eigenen Interessen verfolgt, bleibt seine Persönlichkeit gewahrt. Der Bereich, in dem der Einzelne unter Verlust seiner Rechtssubjektivität dem Gesamtzwirk des Staates dient, muß durch ein Rechtssubjekt repräsentiert werden. Als dieses Rechtssubjekt wird der Staat gedacht.

b) Die Staatsgewalt

Aus der eben dargelegten Auffassung von der rechtlichen Natur des Staates ergeben sich Konsequenzen für den Umfang und die Grenzen der Staatsgewalt, die für die Klärung der besonderen Gewaltverhältnisse bedeutsam sind.

132) Haenel S. 96 und Bierling I S. 312 ff. lösen das Rechtsverhältnis auf, in Verhältnisse zwischen den Staatsorganen einerseits und den Bürgern andererseits, sowie in Verhältnisse der Staatsorgane untereinander. Die dadurch verlorengegangene rechtliche Einheit des Staates stellt Hanel durch eine Konfundierung des sozialen und juristischen Wesens des Staates her. Dies mußte in der Zeit Labands auf Widerspruch stoßen. Eine Zusammenschau der sozialen und juristischen Elemente des Staates ist nach Laband zur Erfassung des Wesens des Staates nicht möglich. Somit blieb auch dieser Staatsauffassung die Gefolgschaft versagt.

133) Vgl. v. Gerber S. 325; Laband I S. 94 f.; G. Meyer S. 9; Affolter, Staatsrecht S. 6; G. Jelinek, Staatslehre S. 169 f.

134) v. Gerber S. 2.

Das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger ist gekennzeichnet durch die Abhängigkeit, in welcher der Untertan zum Staate steht. Diese Abhängigkeit des Untertanen resultiert aus der Staatsgewalt. Begriff und Wesen der Staatsgewalt sind in der Lehre dieser Zeit streitig ¹³⁵⁾.

Ausgangspunkt ¹³⁶⁾ der rechtlichen Qualifizierung der Staatsgewalt ist der Satz v. Gerbers ¹³⁷⁾, daß die rechtliche Äußerung der Staatsgewalt das Herrschen sei. Herrschaft, so meint Jellinek ¹³⁸⁾, sei das potentielle Attribut einer Verbandsgewalt. Es sei zwischen herrschenden und nichtherrschenden Gewalten zu unterscheiden. Die nicht herrschende Gewalt sei in ihrer Wirkung auf den verbandsinternen Raum beschränkt. In diesem Raum könne sie Befehle erteilen, die jedoch letztlich nicht durchsetzbar seien. Ihre schärfste Sanktion sei der Ausschluß aus dem Verband. So übe der Meister gegenüber dem Lehrling, der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer nichtherrschende Gewalt aus. Die herrschenden Gewalten übten dagegen einen Erfüllungszwang aus, dem man sich nicht entziehen könne. Nur eine solche unwiderstehliche Gewalt sei wahre Herrschergewalt. Diese sei allein dem Staat vorbehalten. Herrschergewalt sei Gewalt aus eigener Macht.

Auch nach Laband besteht die Staatsgewalt darin, daß die Staaten eine öffentlich-rechtliche Herrschaft kraft eigenen Rechts haben. Herrschaft ist nach seiner Anschauung das Recht, "freien Personen Handlungen zu befehlen und sie zur Befolgung derselben zu zwingen" ¹³⁹⁾. Eine solche Herrschaft kann es nur auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ge-

135) Streitig vor allem auch, ob die Souveränität eine notwendige Eigenschaft der Staatsgewalt sei. Dieser Streit bleibe hier außer Betracht. Vgl. dazu Laband I S. 74; v. Gerber S. 22, Bluntschli S. 147.

136) Vgl. Laband I S. 66; Krabbe S. 2; G. Jellinek, Staatslehre S. 429.

137) v. Gerber S. 21.

138) G. Jellinek, Staatslehre S. 427.

139) Laband I S. 68.

ben. Während sich im Privatrecht nur gleichgeordnete Subjekte gegenüberstehen, bestehen im öffentlichen Recht Subjektionsverhältnisse, vermöge derer die Obrigkeit in der Lage ist, die Durchsetzung der dem Einzelnen erteilten Befehle zu erzwingen.

c) Staatszweck und Recht als Grenze der Staatsgewalt

Bei der Untersuchung der rechtlichen Grenzen der Staatsgewalt zeigen sich nun deutlich die Auswirkungen der dargelegten Auffassung von der Rechtsnatur des Staates. War die Lehre bei der Konstruktion des Staatsbegriffes von der Unterscheidung einer dem Gemeinzwirk und einer den Individualinteressen zugewandten Seite des Staatsbürgers ausgegangen und hatte sie diese Trennung in ihrem Staatsbegriff manifestiert, so ist auch bei der Bestimmung der Grenzen der Staatsgewalt der Trennungsgedanke zwischen staatlicher und individueller Sphäre vorherrschend.

Im Polizeistaat ¹⁴⁰⁾ herrschte die Auffassung, die dem Herrscher zustehende Staatsgewalt sei ein Attribut seiner Person. Er könne von der Staatsgewalt ohne jede Schranken Gebrauch machen. Da den Untertanen keinerlei Rechte gegenüber dem Herrscher zustehen, ist ihre Unterwerfung unter seine Gewalt absolut. Der Herrscher ist allein der Macht seines Gewissens unterworfen.

Diese Auffassung kann zur Zeit des Positivismus keine Geltung mehr beanspruchen. Das folgt zwingend aus der Auffassung von der rechtlichen Natur des Staates. Ergibt sich die Rechtspersönlichkeit des Staates daraus, daß der Staatsbürger seine Rechtssubjektivität in dem Bereich, in dem er dem Gemeinzwirk dient, verliert und sie gleichsam auf

140) Vgl. hierzu Otto Mayer, Verwaltungsrecht I S. 38 ff.

den Staat überträgt, so kann die Herrschaftsgewalt des Rechtssubjektes Staat logisch nur soweit gehen, als der Gemeinzwirk reicht. Wo es sich nur um Individualinteressen des Einzelnen handelt, kann die Staatsgewalt dagegen nicht wirksam werden. Die Staatsgewalt ist in dem vom Staat zu verfolgenden Gemeinzwirk rechtlich begründet. Daraus folgt, daß der staatliche Zwirk eine notwendige Begrenzung der Staatsgewalt ist.

Diese These geht auf v. Gerber zurück ¹⁴¹⁾. Er hatte den Staatszwirk als Grenze der Staatsgewalt bestimmt. Nach seiner Auffassung bedeutet das Staatsrecht ebenso wie das Privatrecht ein System von Willensmöglichkeiten. Es knüpft jedoch im Gegensatz zum Privatrecht nicht an eine individuelle Person, sondern an den mit Rechtssubjektivität versehenen Staat an. Die Willensmacht des Staates ist aber nicht frei, sondern durch staatliche Zwirke gebunden. Somit ist auch die Herrschergewalt des Staates, die Ausdruck seiner Willensmacht ist, durch diesen Zwirk beschränkt ¹⁴²⁾.

Eine weitere Schranke der Staatsgewalt ist das Recht ¹⁴³⁾. Das Recht stellt sich nach damaliger Auffassung als Schrankenziehung zwischen verschiedenen Willenssphären dar. Es hat die Aufgabe, staatlichen und persönlichen Bereich zu scheiden.

Teilweise wird behauptet, eine Bindung der Staatsgewalt an das Recht sei begrifflich nicht möglich ¹⁴⁴⁾.

141) Vgl. v. Gerber S. 4 und S. 21.

142) Die Schwierigkeit liegt in der Erkenntnis des Staatszwirkes. Laband I S. 71 meint, die Zwirke unterlägen einem stetigen Wechsel. Nach v. Gerber kann eine theoretische Bestimmung des Staatszwirkes nur sehr unbestimmt sein. Kelsen S. 173 bezweifelt, daß es überhaupt einen gemeinsamen Zwirk der im Staat vereinigten Menschen gibt.

143) Vgl. hierzu G. Jellinek, Staatslehre S. 367 ff.; Krabbe S. 244 ff.; Laband II S. 181 und 186; Otto Mayer, Verwaltungsrecht I S. 64 gg.

144) Vgl. B. Schmidt S. 83; Thon S. 140 f.; Bornhak Preuß. Staatsrecht S. 268.

Der Staat setze alle Bestimmungen, die sich auf seine Organe und deren Kompetenzen beziehen, durch seinen Willen. Er sei dabei jederzeit in der Lage, diese Bestimmungen wieder aufzuheben. Wo aber die subjektive Willkür der einen Partei maßgebend sei für die Gestaltung und das Fortbestehen einer Verpflichtung, da könne von einem Rechtsverhältnis nicht gesprochen werden. Daher haben wir "bei allen, das Verhältnis zwischen Staat und Untertanen betreffenden Regeln immer nur die Erscheinung vor uns, daß der erstere in dem von ihm erlassenen Gesetz sich für die tatsächlichen Berührungen und Wechselbeziehungen mit jenen bestimmte Handlungsdirektiven vornimmt, daß er seinen Entschluß verkündigt, in der oder jener Lage in gewisser Weise zu handeln ¹⁴⁵⁾". "Alle Normen des öffentlichen Rechts bedeuten, auf den Staat selbst bezogen, nie etwas anderes, als ein freigewähltes Willensprogramm, durch das er in seiner Handlungsfähigkeit nicht im mindesten juristisch beschränkt wird" ¹⁴⁶⁾.

Demgegenüber bejaht die h.L. ¹⁴⁷⁾ die Möglichkeit einer rechtlichen Selbstbindung des Staates. Alle Staatstätigkeit werde durch die Staatsorgane ausgeübt. Indem der Staat Normen erlasse, binde er die Staatsorgane an eine bestimmte Verfahrensweise.

Diese Auffassung des Rechts und ihres Verhältnisses zum Staat, hat auf die Lehre von den besonderen Gewaltverhältnissen den entscheidenden Einfluß ausgeübt. Geht man davon aus, daß der Staat sich durch das Recht selbst bindet, so ist die Staatsgewalt nicht Rechtsgewalt an sich, sondern rechtlich gebundene Gewalt ¹⁴⁸⁾. Das Recht ist nicht Bestand-

145) B. Schmidt S. 81; vgl. auch Thon S. 141 und Bornhak Preuß. Staatsrecht S. 269.

146) B. Schmidt S. 83. Er meint aber, dieser rechtlichen Unbeschränktheit staatlichen Handelns stehe eine physische Beschränkung gegenüber. Vgl. auch Laband II S. 181.

147) G. Jellinek, Staatslehre S. 367 ff.; vgl. auch Tezner S. 659.

148) Vgl. Laband I S. 69. Er spricht von rechtlich anerkannter Gewalt.

teil dieser Gewalt, sondern tritt von außen als Schranke an sie heran. Damit steht das Recht nicht in, sondern neben der staatlichen Gewalt. Beide, Recht und Staatsgewalt, bilden keine wesensnotwendige Einheit, sondern werden dualistisch verstanden ¹⁴⁹⁾.

Da Staatsgewalt und Recht zwei nebeneinander stehende Größen sind, ist es theoretisch denkbar, daß eine Trennung beider Faktoren eintritt. Eine solche Trennung wird auch in praxi angenommen. Eine Einschränkung der Staatsgewalt durch das Recht ist nämlich nur dort sinnvoll, wo die Staatsgewalt den staatsinternen Bereich verläßt. Da Staatsgewalt die dem Staat eigene Gewalt ist, wäre es widersinnig, wenn der Staat selbst sich vor ihr schützen wollte. Somit ist die Staatsgewalt, soweit sie sich im Staatsinternum bewegt, frei von jeglicher Rechtsschranke. Das Staatsinternum ist ein rechtsfreier Raum. In ihm besitzt die Staatsgewalt ihre ursprüngliche Freiheit ungeschmälert.

Diesselbe Konsequenz ergibt sich aus dem Rechtsbegriff der damaligen Zeit. Recht herrscht nur dort, wo die Beziehungen des Staates zu Rechtssubjekten geregelt werden, wo es gilt, verschiedene Willenssphären abzugrenzen. Das Recht ist Schrankenziehung zwischen Rechtspersönlichkeiten. Solange Anordnungen des Staates nicht die Aufgabe haben, seine Machtbefugnisse gegenüber anderen Persönlichkeiten abzugrenzen, solange haben sie nicht den Charakter des Rechtssatzes ¹⁵⁰⁾.

149) Der Gedanke, daß Staatsgewalt und Recht einen Dualismus bilden, ist in der damaligen Zeit durchaus vorherrschend. Alle diejenigen, die das Recht als Schranke der Staatsgewalt auffassen, vertreten diesen Standpunkt. Vgl. hierzu Krabbe S. 17.

150) Vgl. Laband II S. 86; vgl. auch Jellinek, Gesetz S. 240 und Fleiner S. 64/ "Denn Recht setzt die Beziehungen zwischen zwei selbständigen Rechtssubjekten voraus".

Diese Lehre teilt damit den Staat in zwei Bereiche, einen Außen- und einen Innenbereich ¹⁵¹⁾. Im Innenbereich ist nichts außer dem Staat selbst vorhanden. Irgendwelche Beziehungen können niemals Rechtsbeziehungen sein ¹⁵²⁾. Der Außenbereich dagegen ist ein vom Recht durchwalteter Raum. In ihm allein finden sich Rechtsbeziehungen. Er beginnt dort, wo der Staat einer rechtlich anerkannten Persönlichkeit gegenübertritt.

2. Das besondere Gewaltverhältnis

Nur vom Boden dieser Auffassungen über den Staat, die Staatsgewalt und das Recht, läßt sich die rechtliche Einordnung der besonderen Gewaltverhältnisse durch den Rechtspositivismus verstehen.

Die besonderen Gewaltverhältnisse sind nach damals herrschender Lehre öffentlich-rechtliche Verhältnisse, in denen die zwischen Staat und Untertan im allgemeinen Gewaltverhältnis herrschende Gewalt modifiziert ist.

Geht man jedoch mit Rosin von der Auffassung aus, daß Gewalt nichts dem Staat Charakteristisches sei, so muß man bestimmte Erscheinungen auf dem Gebiete des Privatrechts in den Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses einbeziehen ¹⁵³⁾. Diese unterscheiden

151) Vgl. hierzu Laband II S. 181 f.; vgl. Jellinek, System S. 194, das Verhältnis des Staates zu seinen Organen sei als ein Verhältnis innerhalb des Staates kein Rechtsverhältnis. Vgl. für die Fortgeltung dieser Lehre in der heutigen Zeit Forsthoff S. 116. Danach sind Außenverhältnisse diejenigen, "welche die Verwaltung mit dem Einzelnen als Einzelnem in Verbindung bringen. Das Innenverhältnis berührt nicht den Einzelnen als solchen, sondern alle diejenigen, die in dem konkreten Verhältnis, um das es sich handelt, als innerhalb der Verwaltung als organisiertem Hoheitsbereich befindliche vorzustellen sind."

152) Vgl. hierzu Jellinek, System S. 194; Laband II S. 86 und 181; Fleiner S. 64.

153) Vgl. Kahn S. 16; Thoma, Polizeibefehl S. 18.

sich von den besonderen Gewaltverhältnissen des öffentlichen Rechts nur durch die verschiedene Intensität der Gewalt. Dem Träger der Gewalt im öffentlichen Recht ist gegenüber den Trägern der Gewalt im Privatrecht eine überragende Stellung eingeräumt. Im Grunde jedoch verfährt der Lehrherr gegenüber dem Lehrling, der Fabrikherr gegenüber den Arbeitern nicht anders, als der Träger der Staatsgewalt gegenüber den Untertanen 154).

Die Einbeziehung privatrechtlicher Institute wird von h.L. dagegen abgelehnt. Nach ihr können die besonderen Gewaltverhältnisse nur dort angesiedelt werden, wo der Staat als Inhaber der Gewalt auftritt, und das ist der Bereich des öffentlichen Rechts. Es ist daher falsch, von Gewaltverhältnissen zu sprechen, die öffentlich rechtlich behandelt werden, sondern das Öffentlichrechtliche ist es erst, was diese Verhältnisse zu Gewaltverhältnissen macht 155). Wichtigstes Beispiel eines besonderen Gewaltverhältnisses ist zunächst das durch die Disziplinar-
gewalt 156) gekennzeichnete Beamtenverhältnis 157).

154) Immerhin räumt Thoma, Polizeibefehl S. 18 ein, daß es hierbei sich nicht um herrschaftliche Beziehungen in vollem Sinne handle. Zu einem ähnlichen Ergebnis wie Rosin gelangt auch Nawiasky S. 30 ff. Er ist der Auffassung, Forderungs- und Gewaltverhältnis seien im Grunde ihres Wesens gleichartig. Diese Gleichartigkeit rühre daher, daß beide auf eine Rechtsordnung gegründet seien. Beide seien Punkte in einer zusammenhängenden Reihe, an deren Anfang die Forderungsverhältnisse stünden, und deren Ende die Gewaltverhältnisse bildeten. Damit sind auch die Verhältnisse des Privatrechts in den Begriff der besonderen Gewaltverhältnisse einbezogen.

155) S. O. Mayer, AOR. Bd. 3 S. 57; ebenso auch Fleischer S. 167, die besondere Befehlsgewalt sei nichts anderes als die öffentliche Gewalt selbst. Vgl. hiergegen Kahn S. 72.

156) Vgl. hierzu O. Mayer, Verwaltungsrecht II S. 195; Laband I S. 486 f.; vgl. auch G. Meyer S. 426.

157) Vgl. O. Mayer, Verwaltungsrecht I S. 102; O. Mayer, AOR Bd. 3 S. 57; Laband I S. 434; G. Meyer S. 429.

Als weitere besondere Gewaltverhältnisse führt Otto Mayer die öffentlichen Anstalten ¹⁵⁸⁾, sowie das Verhältnis zwischen der Verwaltung und einem beliebigen Unternehmer ¹⁵⁹⁾ an. In den Anstaltsverhältnissen ist es die Anstaltsgewalt ¹⁶⁰⁾, beim beliebigen Unternehmer die Aufsichtsgewalt ¹⁶¹⁾ des Staates über den Konzessionär, die das besondere Gewaltverhältnis kennzeichnet. Schließlich wird auch das Gewaltverhältnis der Steuerüberwachung ¹⁶²⁾ genannt. Das Verhältnis der Untersuchungsgefangenen wird in dieser Zeit, soweit ersichtlich, allein von Jellinek ¹⁶³⁾ erwähnt.

Die besonderen Gewaltverhältnisse unterscheiden sich dadurch vom allgemeinen Gewaltverhältnis, daß in ihnen der Gewaltunterworfenen in eine verschärfte Abhängigkeit zum Staat gerät ¹⁶⁴⁾. Die Staatsgewalt, die, wie gezeigt, im allgemeinen Gewaltverhältnis durch den Zweck des Staates und das Recht beschränkt ist, ist nicht mehr durch das Recht beschränkt. Im besonderen Gewaltverhältnis können nach dem Staats-

158) O. Mayer, Verwaltungsrecht I S. 102 und II S. 285 ff.; vgl. die berühmt gewordene Definition der öffentlichen Anstalt bei O. Mayer Verwaltungsrecht II S. 268.

159) Vgl. hierzu O. Mayer, Verwaltungsrecht II S. 243 ff. und Fleiner S. 341 ff.

160) Vgl. O. Mayer, Verwaltungsrecht II S. 285.

161) O. Mayer, Verwaltungsrecht II S. 258: "Aufgrund des Aufsichtsrechts wird dem Unternehmer in rechtl. bindender Weise genauere Bestimmung darüber gegeben, was zu seinen verleihungsmäßigen Pflichten gehört".

162) Vgl. Fleiner S. 165 und Kahn S. 26.

163) Jellinek, System S. 113.

164) Vgl. zur Definition O. Mayer, Verwaltungsrecht I S. 101 f. "das besondere Gewaltverhältnis ist die verschärfte Abhängigkeit, welche zugunsten eines Zweckes öffentlicher Verwaltung begründet wird für alle einzelnen, die in den vorgesehenen, besonderen Zusammenhang treten"; vgl. auch Laband I S. 442, der von besonderem Gehorsam spricht; vgl. auch Fleiner S. 166 und Jellinek, System S. 112.

und Rechtsbegriff der damaligen Lehre keine Rechtsschranken bestehen. Die besonderen Gewaltverhältnisse sind spezifisch staatliche Bereiche. Wer sich in ihnen befindet, befindet sich im Staate. Faßt man das Rechtssubjekt Staat als persona ficta auf, so werden alle diejenigen, die in einem besonderen Gewaltverhältnis stehen, mit dieser Person identifiziert. Dadurch geht die Rechtssubjektivität des Individuums jedenfalls insoweit verloren, als seine Zugehörigkeit zum besonderen Gewaltverhältnis reicht ¹⁶⁵⁾.

Da aber das Recht als Schranke zwischen zwei Rechtspersönlichkeiten aufgefaßt wird, kann es im besonderen Gewaltverhältnis kein Recht geben, fehlt es doch hier an zwei vom Recht anerkannten Willenssphären.

Vom Ausgangspunkt der herrschenden Staats- und Rechtstheorie der damaligen Zeit bilden also die besonderen Gewaltverhältnisse konsequenterweise rechtsfreie Räume.

Sind die besonderen Gewaltverhältnisse rechtsfreie Räume, so sind sie auch grundrechtsfreie Räume. Die Grundrechte sind nach damaliger Auffassung ¹⁶⁶⁾ lediglich Schranken der Staatsgewalt, welche diese sich selbst zieht. Die Machtbefugnisse des Staates sollen gegenüber den Einzelnen abgegrenzt werden, um dem Individuum eine staatsfreie Sphäre zu sichern. Grundrechte der Bürger sind in Wahrheit nichts anderes als Reflexwirkungen der Staatsgewalt. Sie allein wird beschränkt, und zwar die vollziehende Gewalt schlechthin, die gesetzgebende insofern, als eine Beseitigung der Grundrechte nur auf dem in der Verfassung vorgesehenen Weg erfolgen darf ¹⁶⁷⁾.

165) Vgl. Jellinek, System S. 84; insofern das Individuum dem Staat unterworfen sei, sei seine Persönlichkeit ausgeschlossen.

166) So v. Gerber S. 34 und 38; Laband I S. 151; Bornhak, Grundriß S. 46; Seydel S. 49. Von Pözl S. 79 meint, sie seien keine wohlerworbenen gerichtlich verfolgbaren Rechte. Er fordert jedoch für die Zukunft einen gerichtlichen Schutz. Vgl. O. Mayer, Verwaltungsrecht I S. 108, wonach die Grundrechte deshalb keine wirklichen Rechte sind, weil sie keine Willensmacht verleihen.

167) Vgl. v. Gerber S. 38.

Demgegenüber vertreten andere ¹⁶⁸⁾ die Auffassung, die Grundrechte seien nicht allein objektive Normen, sondern subjektiv-öffentliche Rechte. Als objektive Normen grenzten sie die Staatssphäre gegen den individuellen Eigenbereich ab, in subjektiver Hinsicht begründeten sie für den Staat die Pflicht, für den Bürger das Recht auf Beachtung dieses individuellen Eigenbereiches ¹⁶⁹⁾.

Auf den Streit braucht für die Lösung unseres Problems nicht weiter eingegangen zu werden. Von beiden Standpunkten aus können die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis keine Geltung beanspruchen. Faßt man sie wie v. Gerber als Schranke der Staatsgewalt auf, so können sie im besonderen Gewaltverhältnis deshalb nicht wirksam werden, weil hier die Staatsgewalt keinem zweiten Rechtssubjekt gegenübertritt. Eine Schranke der Staatsgewalt ist aber nur dort sinnvoll, wo zwei voneinander abzugrenzende Sphären vorhanden sind. Es fehlt damit an einem Rechtsobjekt, auf das sich die Grundrechte beziehen ¹⁷⁰⁾. Faßt man die Grundrechte als subjektiv-öffentliche Rechte auf, so können sie deshalb nicht wirksam werden, weil es ihnen im besonderen Gewaltverhältnis an einem Subjekt, an einem Grundrechtsträger fehlt. Im besonderen Gewaltverhältnis wird der Einzelne in den Staat hineingenommen. Damit entfällt seine Rechtssubjektivität und die Möglichkeit, Träger von Grundrechten zu sein.

Dennoch ist die Staatsgewalt im besonderen Gewaltverhältnis nicht völlig absolut und schrankenlos. Die der Staatsgewalt im allgemeinen Gewaltverhältnis auferlegte Schranke, daß sie sich an den Staatszweck zu

168) Vgl. Loening, Verwaltungsrecht S. 13 f.; Fleiner S. 177; v. Gierke, Laband's Staatsrecht S. 37; G. Meyer S. 643.

169) Vo v. Gierke, Laband's Staatsrecht S. 37.

170) Vgl. Laband I S. 151.

halten habe ¹⁷¹⁾, wird auch auf das besondere Gewaltverhältnis übernommen ¹⁷²⁾. Die Gewalt ergreift den Untertanen im besonderen Gewaltverhältnis nur insoweit, als der Zweck des besonderen Gewaltverhältnisses dies erfordert. Der Zweckrahmen, in dem sich die Gewalt bewegen darf, wird damit verengt. War im allgemeinen Gewaltverhältnis der Staatszweck schlechthin entscheidend, so kommt es hier nur auf den Zweck des jeweiligen besonderen Gewaltverhältnisses an. Überschreitet die Gewalt diesen Rahmen, so ist der Gewaltunterworfenen nicht gebunden. In der Feststellung des Verwaltungszweckes liegt das Prinzip, das die Grenze bestimmt, jenseits derer die Rechte des Gewaltunterworfenen nicht mehr eingeschränkt werden können ¹⁷³⁾.

II. Die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis in der Weimarer Zeit

Die Auffassung des Rechtspositivismus vom besonderen Gewaltverhältnis wirkt sich bis auf die neueste Zeit aus. In der Weimarer Zeit wurden die Ergebnisse der traditionellen Lehrmeinung übernommen. Der Vorbehalt des Gesetzes galt in den besonderen Gewaltverhältnissen nicht ¹⁷⁴⁾. Die besonderen Gewaltverhältnisse wurden wie ehemals von Laband als rechtsfreie Räume angesehen, deren Ausfüllung dem pflichtgemäßen Ermessen der Verwaltung überlassen blieb ¹⁷⁵⁾.

Was die Grundrechte anbetraf, so hatte sich zur Weimarer Zeit endgültig die Auffassung durchgesetzt, sie

171) Vgl. Schulze, Preuß. Staatsrecht S. 135 ff.; Schmitthenner S. 277; Jellinek Gesetz S. 191; Rosin Annalen S. 301.

172) So Rehm, Annalen S. 84; Laband I S. 443; O. Mayer, Verwaltungsrecht I S. 102: "Immer bedeutet das besondere Gewaltverhältnis einen Zustand, in dem der Betroffene sich im gegebenen Maße nach dem zu richten hat, was hier der Zweck der öffentlichen Verwaltung fordert."

173) So Laband I S. 443.

174) Vgl. hierzu u.a. Fleiner S. 166 f.; W.Jellinek S. 122; Thomas, Vorbehalt S. 177 f.; vgl. auch Freudenberg S. 193, der eine modifizierte Auffassung vertritt.

175) Vgl. Freudenberg S. 172; Fleiner S. 167.

seien subjektiv-öffentliche Rechte¹⁷⁶⁾. Infolge der allgemeinen Aufwertung, die die Grundrechte erfuhren¹⁷⁷⁾, erschien es nicht mehr möglich, ihre Geltung im besonderen Gewaltverhältnis völlig abzulehnen, andererseits blieb man der überkommenen Auffassung verhaftet. Man lehrte daher, daß die Grundrechtsgeltung im besonderen Gewaltverhältnis zwar nicht fortfalle, aber speziellen Einschränkungen ausgesetzt sei¹⁷⁸⁾.

Dementsprechend entwickelte R. Thoma¹⁷⁹⁾ eine Rangordnung der Grundrechte. Nach seiner Auffassung können die Grundrechte normalerweise nur im allgemeinen Gewaltverhältnis Geltung beanspruchen. Sie beziehen sich vornehmlich auf das normale Verhältnis des Staatsbürgers zum Staat. Jedoch gibt es höherwertigere Grundrechte, deren Wirkung in bestimmte besondere Gewaltverhältnisse hineinreicht. Eine Stufe darüber stehen die Grundrechte, die generell in allen besonderen Gewaltverhältnissen gelten, speziell jedoch auch Einschränkungen unterliegen können. Die höchstrangigen Grundrechte schließlich sind die, die ausnahmslose Wirkung beanspruchen.

Daß eine verfassungsrechtlich fundierte Einordnung der Grundrechte in ein solches System schwer möglich ist, braucht nicht betont zu werden¹⁸⁰⁾. Die Lösung findet R. Thoma in einer Vermutung zugunsten des Sonderstatus¹⁸¹⁾. Im Zweifel sollen die Freiheitsrechte dessen, der sich im besonderen Gewaltverhältnis befindet, durch die Pflichten, die sich aus diesem Verhältnis ergeben, begrenzt werden.

176) So Fleiner S. 177; vgl. auch Meyer-Anschütz S. 594 und die dort angegebene zahlreiche Literatur.

177) Vgl. hierfür die Auffassung von Thoma, Grundrechte und Polizeigewalt, S. 188 und demgegenüber für die frühere Zeit Bornhak, Grundriß S. 45.

178) Anschütz, Anm. 1 zu Art. 130 WV; W. Jellinek S. 206; C. Schmitt S. 182; Freudenberger S. 193 ff.

179) Vgl. Thoma, Grundrechte und Polizeigewalt S. 206; vgl. auch Freudenberger S. 194 f.

180) Vgl. zu den Schwierigkeiten, die bei einer Feststellung des Wertes der Grundrechte entstehen, Zippelius S. 193 ff.

181) Thoma, Grundrechte und Polizeigewalt S. 206 f. Vgl. auch Thoma in: Die Grundrechte Bd. 1 S. 24, sowie C. Schmitt S. 182.

Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt W. Jellinek¹⁸²⁾. Er unterscheidet im Anschluß an Thoma zwischen solchen Grundrechten, die sich gegen die öffentliche Gewalt schlechthin richten und solchen, die allein der polizeilichen Gewalt eine Grenze setzen. Die polizeierichteten Grundrechte können im besonderen Gewaltverhältnis keine Geltung beanspruchen.

III. Kritik an der überkommenen Lehrmeinung

Die Lehre der Weimarer Zeit hat außer Acht gelassen, daß die sie tragende Denkweise auf einem ganz spezifischen Staats- und Rechtsbegriff beruht. Noch mehr gilt dies, wenn unter der Herrschaft des Grundgesetzes unbesehen die Auffassung übernommen wird, die Grundrechtsgeltung sei im besonderen Gewaltverhältnis prinzipiell beschränkt, der Sonderstatus des Bürgers gehe der Grundrechtsgeltung vor¹⁸³⁾; 184)

Die wissenschaftliche Einordnung der besonderen Gewaltverhältnisse durch den Rechtspositivismus ist nur vom Boden der damals herrschenden, formalistischen Auffassung über Staatsgewalt und Recht und ihr Verhält-

182) W. Jellinek S. 206. Nach seiner Ansicht besteht jedoch keine Vermutung für den Ausschluß der Grundrechtsgeltung in besonderen Gewaltverhältnissen.

183) Vgl. Friesenhahn, DV 1949 S. 481; Kaufmann, Rechtsgutachten S. 61 schließt sich auch heute noch der Lehre Thomas an; v. Mangoldt, Vorbem. I 2 S. 36 übernimmt vorbehaltlos die Lehre der Weimarer Zeit. In der 2. Aufl. d. Kommentars wird diese Auffassung revidiert.

184) Aber auch insoweit, als eine prinzipielle Grundrechtsgeltung im besonderen Gewaltverhältnis heute anerkannt ist, lassen sich die Auswirkungen der spätkonstitutionellen Staatslehre verspüren. Das wird vor allem dort deutlich, wo es gilt, die im besonderen Gewaltverhältnis erlassenen allgemeinen und speziellen Anordnungen rechtlich zu qualifizieren. Vgl. zu diesem Fragenkomplex Brohm DÖV S. 251; Bachof, Laforet-Festschrift S. 296 ff.; Forsthoff S. 116; Jaenke S. 80; Herbert Krüger, Smend-Festschrift S. 220 ff.; derselbe in VVStrL 15 S. 124 ff.; derselbe NJW 1953 S. 1369 ff.; Obermayer S. 164 f.; vgl. f. d. Strafvollzug Depenbrock, NJW 1963 S. 89 ff.

nis zueinander verständlich. Nur wenn man das Recht als Schrankenziehung begreift und die Staatsgewalt als vom Recht losgelöst betrachtet, kann das besondere Gewaltverhältnis ein rechtsfreier Raum sein. Es ist zu prüfen, ob der formale Charakter dieser Lehren den heutigen Verhältnissen noch gerecht werden kann: Bei der Untersuchung dieser Fragen muß man sich davor hüten, die überkommene Lehre einer Kritik aus unserer heutigen Sicht heraus zu unterziehen. "Jede Epoche hat ihre besonderen Rechtsbegriffe, die an dem Maßstab anderer Zeit gemessen, die Probe nicht bestehen können" ¹⁸⁵⁾. Vielmehr ist es die Aufgabe der Wissenschaft, überkommene Auffassungen ständig auf ihre Vereinbarkeit mit den sich ändernden gesellschaftlichen, soziologischen und rechtlichen Gegebenheiten zu überprüfen und ein Urteil nicht über ihre Gültigkeit in vergangenen Epochen, sondern über ihren Wert für die Gegenwart zu fällen ¹⁸⁶⁾.

Die Auffassung des Rechts als Schrankenziehung läßt sich heute nicht mehr halten. Sie begegnet bei der Betrachtung des heutigen Staats schwerwiegenden Bedenken ¹⁸⁷⁾. Früher sah man das Verhältnis des Einzelnen zum Staat unter dem Gesichtspunkt der Trennung der jeweiligen Lebensordnungen und der unbedingten Wahrung des spezifischen Eigenbereichs des Individuums. Mag diese formale Auffassung zu einer Zeit, in der die staatliche Tätigkeit vorwiegend im Erlassen von Geboten und Verboten an die Bürger bestand ¹⁸⁸⁾, der gesellschaftlichen und politischen Wirklichkeit gerecht geworden sein, der Sozialstaat erfordert eine prinzipiell andere Betrachtungsweise ¹⁸⁹⁾.

185) G. Jellinek, Staatslehre S. 164.

186) Damit ist nicht gesagt, daß man die wissenschaftlichen Theorien einer Zeit nicht aus sich selbst heraus widerlegen kann. Man muß sie nur mit den ihrer Zeit eigenen Maßstäben messen.

187) Vgl. hierzu Köhl S. 80.

188) Vgl. hierzu und zur heutigen Brauchbarkeit dieser Auffassungen Bachof, VVStrL 12 S. 83 Leits. 21.

189) Vgl. Abendroth in: Bergstraesser Festschrift S. 279 ff.; Bachof, VVStrL 12 S. 37 ff.; Darmstaedter, Emge-Festschrift S. 12 ff.; Forsthoff, VVStrL 12, S. 8 ff.; Peters:Staatslexikon Bd.7 S. 394 f.; Menger S. 23 ff.; Fechner S. 5 ff.; Gerber, AOR 81 S. 27 ff.

Art. 20 Abs. 1 GG und Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG kennzeichnen unser Staatswesen als einen Sozialstaat, der zugleich Rechtsstaat ist ¹⁹⁰⁾. Der Aufgabenbereich des Sozialstaates ¹⁹¹⁾ ist naturgemäß nicht fest zu umgrenzen, weil der Sozialstaat sich den variierenden staatlichen und gesellschaftlichen Funktionsprozessen immer wieder neu anpassen muß. Der Sozialstaat fordert jedoch, daß alle staatliche Tätigkeit auf die Abstellung sozialer Bedürftigkeit und die Gewährleistung existenzieller Lebensvoraussetzungen ausgerichtet ist ¹⁹²⁾. Damit tritt im Sozialstaat die gewöhnliche Tätigkeit des Staates in den Vordergrund.

Mit den dem Staat gestellten Aufgaben hat sich auch das Verhältnis des Einzelnen zum Staat gewandelt. Der Bürger steht nicht mehr unter oder neben dem Staat, sondern in ihm. Die dem Einzelnen dadurch verlorengelassene Unabhängigkeit muß durch eine die Freiheit des Bürgers garantierende, neuartige Verbindung von Individuum und Staat ersetzt werden ¹⁹³⁾. Damit wird aber nicht eine rechtliche Abgrenzung der Lebensordnungen von Staat und Einzelem, sondern gerade ihre materielle Zuordnung und Integration zum Postulat des Sozialstaates. Recht und Gesetz können daher nicht mehr die Aufgabe einer trennenden Schranke haben, sondern müssen einander zuordnende Verbindung von Staat und Bürger sein ¹⁹⁴⁾.

Auch die zweite Voraussetzung, auf der die tradierte Lehrmeinung aufbaut, nämlich die begriffliche Trennung

190) Forsthoff ist in VVStrL 12 S. 36 Leits. 15 der Ansicht, daß sich Sozialstaat und Rechtsstaat auf der Verfassungsebene nicht verschmelzen lassen.

191) Vgl. dazu Forsthoff S. 59 ff.

192) Vgl. Bachof, VVStrL 12.S. 40 ff.

193) Vgl. Albrecht, Staatslexikon Bd. 6 S. 704, der diese neue Verbindung als Charakteristikum des Rechtsstaates auffaßt.

194) Vgl. hinsichtlich der durch den Sozialstaat bedingten Zuordnung von Individuum und Staat Menger S.27; Hesse, Smend-Festgabe S. 74; Fechner S. 10: "Der soziale Rechtsstaat kann als Sozialstaat aber auch nicht liberaler Staat sein, in dem der Einzelne alles ist und die Gesamtheit nichts als ein Aufpasser über die Einhaltung gewisser Spielregeln, die dem Einzelnen eine ichbezogene Selbstverwirklichung ermöglichen". Vgl. auch Bachof, VVStrL 12 S. 80 Leits. 6.

zwischen Staatsgewalt und Recht beruht auf einer formalistischen Betrachtungsweise, die für unsere Zeit nicht mehr gültig ist. Für die tradierte Lehrmeinung war die Staatsgewalt, eine von Natur aus vorhandene, vorgegebene, feste Größe. Das moderne Demokratieverständnis¹⁹⁵⁾ fordert eine andere Betrachtungsweise. Liegt ein Wesenszug der Demokratie darin, daß sie die unter dem Postulat von Gleichheit¹⁹⁶⁾ und Freiheit¹⁹⁷⁾ stehende Ordnung eines freien politischen Lebensprozesses ist¹⁹⁸⁾, so kann auch die Staatsgewalt nicht mehr als vorgegeben begriffen werden. In der Demokratie erwächst die staatliche Willensbildung aus einem Funktionsvorgang, der gemäß den in der Verfassung enthaltenen und garantierten Formen von den legitimierten Kräften in Gang gesetzt wird. Erst durch das in der Verfassung rechtlich geordnete Zusammenspiel politischer Faktoren wird die Staatsgewalt ständig neu geschaffen und für die staatlichen Funktionen dienstbar gemacht¹⁹⁹⁾.

Dieser Prozeß wird durch die Qualität unseres Staates als Rechtsstaat geprägt. Der Rechtsstaat setzt sich die Aufgabe, jeder staatlichen Tätigkeit durch das Recht Maß und Form zu geben²⁰⁰⁾. Eine prinzipielle Freiheit staatlichen Handelns ist in ihm undenkbar. Vielmehr gliedert er durch Schaffung von Organen, durch Kompetenzregelungen und durch Verfahrensvorschriften den demokratisch legitimierten Prozeß der Entstehung

195) Vgl. hierzu Ehmke S. 123 ff.; Hesse, VVStrL 17 S. 17 ff.; derselbe, AÖR 77, S. 190 ff.; Jahreiss in: Festschrift für Thoma S. 71 ff.; Kröger S. 129 mit weiterer Literatur; Scheuner, DÖV 1957 S. 634 f.; Schüle in: Smend-Festschrift S. 329 ff.; Smend, Verf. und Verfassungsrecht S. 119 ff.

196) Vgl. hierzu Hesse, AÖR 77 S. 213 ff.; vgl. auch Schüle in: Smend-Festschrift S. 331, das Gebot der Gleichbehandlung gehöre zum wesentlichen Gehalt der politischen Demokratie; Darmstaedter in: Emge Festschrift S. 15 sieht in ihm eine Forderung des Sozialstaates.

197) Vgl. Jahreiss in: Festschrift für Thoma S. 76 f.

198) Vgl. Ehmke S. 123 ff.; Hesse, VVStrL 17 S. 49 II 1 c.

199) Vgl. auch Brohm, DÖV 1964 S. 247.

200) Vgl. Hesse in: Smend Festgabe S. 73 ff.; derselbe, VVStrL 17 S. 44 f.

der Staatsgewalt in ein rechtliches Ordnungssystem ein. Staatsgewalt und Recht lassen sich im Rechtsstaat nicht in ein Verhältnis der Über- oder Unterordnung bringen. Beide bedingen sich wechselseitig ²⁰¹⁾. Die Staatsgewalt wird zur anerkannten Gewalt erst dadurch, daß sie sich in dem vom Recht vorgeschriebenen Prozeß entwickelt und sich gemäß den vom Recht vorgeschriebenen Formen äußert. Das Recht schließlich wäre ein in der gesellschaftlichen Realität unbedeutendes Postulat, wenn es nicht mit Hilfe der Staatsgewalt durchgesetzt und gesichert würde. Damit ist es nicht mehr möglich, Staatsgewalt und Recht dualistisch aufzufassen. Einer solchen formalistischen Betrachtungsweise steht die Erkenntnis entgegen, daß beide wesensmäßig verbunden sind.

Besteht somit zwischen dem allgemeinen und den besonderen Gewaltverhältnissen bezüglich der prinzipiellen Rechtsgeltung kein Unterschied, so fragt es sich, ob man den Ausdruck "besonderes Gewaltverhältnis" als Relikt vergangener Staatsauffassungen über Bord werfen soll ²⁰²⁾.

Gegen die bestehende Terminologie wird vor allem geltend gemacht, daß Gewalt und Recht unvereinbare Gegenpole bildeten ²⁰³⁾. In dem vom GG vorausgesetzten und garantierten Rechtsstaat könne es aber keine Gewalt, sondern nur die Herrschaft des Rechts geben.

201) Vgl. Hesse in: Smend Festgabe S. 75.

202) Korrekterweise muß man, worauf v. Münch S. 16 richtig hinweist, nicht von dem besonderen Gewaltverhältnis sprechen, sondern nur von einzelnen besonderen Gewaltverhältnissen. Für die Beibehaltung des Ausdrucks: v. Münch S. 16, der ihn als Arbeitsbegriff verwenden will; Perschel S. 6 verteidigt ihn gegen die Angriffe Hildegard Krügers. Gegen Perschels Argumentation aber Brohm, DÖV 1964 S. 238. Brohm behält den Ausdruck bei, ebenso Kellner, DÖV 1963 S. 419. Gegen den Ausdruck: Köhl, ZBR 1957 S. 123, jedenfalls für den Beamten könne er nicht verwendet werden. Vgl. weiter Cornelius, - Gester-Woschsch S. 23; Bender-Fürst S. 117; Fischbach S. 17 f.; Hi. Krüger, ZBR 1956 S. 310; Spanner, DÖV S. 29 und S. 497 f.

203) So vor allem Cornelius-Gester-Woschsch S. 23. Vgl. auch Hildegard Krüger, ZBR 1956 S. 310; Spanner, DÖV 1963 S. 29 und S. 497 f.

Diese Argumente sind nicht mit dem etymologischen Fingerzeig, Gewalt leite sich ebenso wie Verwaltung von "Walten" ab und bedeute lediglich "Herrschen", zu widerlegen ²⁰⁴⁾. Es ist vielmehr darauf hinzuweisen, daß die Behauptung, Gewalt lasse sich nicht rechtlich ordnen, eine unbewiesene These darstellt. Ein Blick in das Grundgesetz, das den Ausdruck "Gewalt" mehrfach verwendet ²⁰⁵⁾, hätte eines besseren belehren können.

Ist der Ausdruck "besonderes Gewaltverhältnis" ²⁰⁶⁾ also nicht unbrauchbar, weil in ihm das Wort "Gewalt" enthalten ist, so ist er andererseits heute deshalb nicht mehr sinnvoll, weil die Gewalt nicht mehr als das Wesentliche der "besonderen Gewaltverhältnisse" angesehen werden kann.

IV. Die heutigen Lehren von Grundrechtsbegrenzungen in besonderen Gewaltverhältnissen

1. Die Lehre vom Primat der Grundrechte in besonderen Gewaltverhältnissen

Ein Teil der Lehre geht bei der Betrachtung des Verhältnisses zwischen den besonderen Gewaltverhältnissen und den Grundrechten von der Vorschrift des Art. 1 Abs. 3 GG aus.

Artikel 1 Abs. 3 bindet die vollziehende Gewalt an die Grundrechte. In strenger Beachtung des Wortlauts dieser Verfassungsbestimmung fordert Hamann ²⁰⁷⁾, daß die Grundrechtsgeltung im besonderen Gewaltver-

204) So Perschel S. 6; gegen ihn Brohm, DÖV 1964 S. 238.

205) Vgl. Art. 1 Abs. 1; Art. 1 Abs. 3; Art. 20 Abs. 2 Satz 1; Art. 20 Abs. 2 Satz 2; Art. 92 Satz GG.

206) Brohm, DÖV 1964 S. 238 bezeichnet diese Frage lediglich als Angelegenheit des terminologischen Geschmacks. Dem stimme ich nicht zu. Auch an eine Nomenklatur sind wiss. Anforderungen zu stellen.

207) Hamann, Vorbem. I S. 67 im Anschluß an OVG Hamburg Urteil vom 16.4.1953, DVBl. 1953 S. 506; inzwischen ist das OVG hiervon abgerückt. Vgl. Urteil vom 12.1.1956, DVBl. 1956 S. 471 ff. und Urteil vom 13.1.1956, DVBl. 1956 S. 658. Wenn Leisner, DVBl. 1960 S. 623 die Lehre Hamanns als h.L. hinstellt, so ist das nicht richtig.

hältnis keine andere sein dürfe als im allgemeinen Gewaltverhältnis. Eine ähnliche Auffassung vertritt Hildegard Krüger²⁰⁸⁾. Prinzipiell sei die Grundrechtsgeltung im besonderen Gewaltverhältnis keinerlei "Einschränkungen" unterworfen. Soweit das Grundgesetz allerdings besondere Gewaltverhältnisse vorgefunden und institutionalisiert habe²⁰⁹⁾, seien die bereits bestehenden "Grundrechtseinschränkungen" als weiterhin rechtswirksam anzusehen²¹⁰⁾. Sollten dagegen neue "Grundrechtseinschränkungen" getroffen werden, so sei dies nur unter Beachtung des Grundgesetzes möglich.

Es ist zuzugeben, daß diese Auffassungen eine eindeutige und konsequente Bewältigung der hier dargestellten Problematik ermöglichen. Als Vorzug mag es erscheinen, daß sie sich voll an den Wortlaut der Verfassung halten. Aber ist es schon zweifelhaft, ob man den rechtlichen Aussagegehalt einer Verfassungsnorm, wie der des Art. 1 Abs. 3, allein ihrem Wortlaut entnehmen kann, so müssen erst recht die Konsequenzen dieser Lehre aufmerken lassen²¹¹⁾. Muß dem Untersuchungsgefangenen wirklich Versammlungsfreiheit eingeräumt werden und muß sein Briefgeheimnis während der Untersuchungshaft unberührt bleiben, soweit nicht entsprechende Gesetze ergangen sind? Sollen schließlich alle Vorgänge in den Untersuchungshaftanstalten, die diese Grundrechte zum Wohle und zum Nutzen aller Tag für Tag be-

208) Hildegard Krüger, ZBR 1956 S. 309 ff.

209) Der Begriff der Institutionalisierung hat Eingang in die Lehre gefunden. Vgl. Perschel S. 24 f., der den Begriff trotz Bedenken übernimmt; v. Münch S. 37; Leisner, DVBl. 1960 S. 623; Martens S. 118.

210) Dazu zählt Hildegard Krüger, Das Verhältnis des Studenten und Dozenten (Art. 5 Abs. 3 GG), das Schuldverhältnis (Art. 7 GG), die öffentliche Dienstleistungspflicht (Art. 12 Abs. 2 Satz 1 GG) und die Freiheitsentziehungsanstalt (Art. 12 Abs. 4 i. Vm. 104 GG).

211) Vgl. für das Verhältnis d. Strafgefangenen Spannagel S. 133 f.

schränken, als schwerwiegende Rechtsverstöße qualifiziert werden ²¹²⁾? Nach Hamanns These bleibt der Ruf nach dem Gesetzgeber der einzige Weg zur Lösung der dargelegten Fragen. Aber auch der Gesetzgeber kann nicht helfen, soweit den Grundrechten ein Gesetzesvorbehalt nicht beigelegt ist.

Das wohl stärkste Argument für die Richtigkeit der These Hamanns ist der Hinweis auf die Schaffung des Art. 17 a GG ²¹³⁾. Hier ist ein Fall gegeben, in dem der Verfassungsgesetzgeber sich mit dieser Problematik befaßt hat. Der von ihm eingeschlagene Weg muß für eine an der Verfassung orientierte Untersuchung richtungsweisend sein.

Art. 17 a Abs. 1 GG normiert für das Wehrverhältnis die Möglichkeit der Begrenzung von drei Grundrechten: des Rechts der freien Meinungsäußerung und Meinungsverbreitung, des Rechts der Versammlungsfreiheit und des Petitionsrechts, soweit es das Recht auf Einreichung von Sammelpetitionen gewährt. Art. 17 a Abs. 2 GG ²¹⁴⁾ läßt eine Begrenzung des Grundrechtes der Freizügigkeit zu.

Hamann ²¹⁵⁾ ist der Ansicht, Art. 17 a GG beweise, daß der Verfassungsgesetzgeber eine inhaltliche Begrenzung der Grundrechte im Wehrdienstverhältnis ohne ausdrückliche Verfassungsänderung nicht für möglich gehalten habe. Art. 17 a GG habe konstitutive Bedeutung. Diese Auslegung läßt eine gebührende

212) Vgl. Martens S. 28. Leisner DVBl. 1960 S. 623 weist auf die Unvereinbarkeit unbeschränkter Berufsfreiheit mit dem öffentlichen Dienstverhältnis und grenzenloser Meinungsfreiheit mit der Schuldisziplin hin.

213) Vgl. zu folgendem Lerche in: Die Grundrechte Bd. 4 I S. 447 ff.

214) Die größte Bedeutung des Art. 17 a Abs. 2 GG liegt auf dem Gebiet des allgemeinen Gewaltverhältnisses. Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung ist für das Wehrverhältnis nicht einschlägig. Vgl. Martens S. 110 f.

215) Vgl. Hamann, Vorbem. I S. 68; ebenso Hildegard Krüger, ZBR 1956 S. 311 und v. Mangoldt-Klein Anm. II 1 zu Art. 17 a GG in Widerspruch zu den Ausführungen in Vorbem. B XVI.

Berücksichtigung der politischen Situation ²¹⁶⁾, in die die Entstehung des Art. 17 a GG fällt, vermissen. Es sei daran erinnert, mit welchen Kämpfen und Auseinandersetzungen zwischen Regierungsparteien und Opposition die Wiedereinführung der Wehrpflicht in der Bundesrepublik verbunden war. Im Hinblick auf diesen politisch sehr umstrittenen Wiederaufbau der Wehrmacht erscheint es richtiger, dem Art. 17 a Abs. 1 GG lediglich deklaratorischen Charakter zuzuerkennen ²¹⁷⁾. Sicherlich wäre auch hinsichtlich der übrigen vom Grundgesetz anerkannten oder vorausgesetzten besonderen Gewaltverhältnisse eine ausdrückliche Regelung der Grundrechtsgeltung, wie sie Art. 17 a GG darstellt, angebracht. "Aber man kann positiv-rechtliche Idealregelungen nicht dazu benutzen, alle dahinter positiv-rechtlich zurückbleibenden Grundrechtsbeschränkungsvorbehalte als verfassungswidrig zu betrachten" ²¹⁸⁾ ²¹⁹⁾.

216) Vgl. dazu Verhandlung des Bundestages 2. Wahlperiode 1953 stenogr. Bericht S. 522 ff.; S. 6819 ff.; S. 6845 ff.; Drucksachen 124, 125, 2150 sowie Verhandlung des Bundesrates 120. Sitzung vom 19.3.1954 Stenogr. Bericht S. 54 ff. und 155. Sitzung vom 16.3.1956 stenogr. Bericht S. 76 ff.

217) So die wohl herrschende Lehre vgl. Martens S. 119 f.; Maunz-Dürig Anm. 22 zu Art. 17 a GG; Mann, DÖV S. 411; Salzmann S. 102; Perschel S. 24.

218) Maunz-Dürig Anm. 22 zu Art. 17 a.

219) Art. 17 a GG kommt jedoch über den rein deklaratorischen Charakter hinaus eine weitere Bedeutung zu: "Art. 17a bedeutet insofern eine in seinem verfassungspolitischen Gehalt kaum zu überschätzende Neuerung für das geltende Verfassungsrecht, als er für das soldatische Gewaltverhältnis - abweichend von allen übrigen sonstigen Subjektionsverhältnissen - eine verfassungsrechtliche Garantie aller nicht ausdrücklich aufgezählten oder unter einem allgemeinen Gesetzesvorbehalte stehenden Grundrechte enthält. Damit wird erstmals für ein besonderes Gewaltverhältnis eine absolute grundsätzliche Bestandsgewährleistung gegenüber dem einfachen Gesetzgeber und den Organen der vollziehenden Gewalt .. geschaffen ..." (Martens S. 118 f.).

2. Die Lehre von der modifizierten Grundrechtsgeltung in besonderen Gewaltverhältnissen

Der überwiegende Teil der heutigen Lehre vertritt die Auffassung, daß die Grundrechtsgeltung im besonderen Gewaltverhältnis modifiziert sei ²²⁰⁾. Eine verfassungsrechtlich einwandfrei fundierte Begründung dieser These wird freilich nicht gegeben. Zwar zeigen sich neuerdings Ansätze, die der wirklichen Problematik nahekommen ²²¹⁾, aber letztlich beweist die Behandlung von Detailfragen ²²²⁾ immer wieder den noch vorhandenen Einfluß des Rechtspositivismus.

a) Die "freiwilligen" besonderen Gewaltverhältnisse

Zunächst sollen die freiwilligen besonderen Gewaltverhältnisse, d.h. die, in die man auf Grund eigenen, freien Willensentschlusses eintritt, wie z.B. das besondere Gewaltverhältnis des Hochschülers und Beamten genau betrachtet werden. Sie geben Aufschluß über das bei der Behandlung der unfreiwilligen besonderen Gewaltverhältnisse zugrunde zu legende Grundrechtsverständnis.

-
- 220) Vgl. u.a. Dürig, AÖR Bd. 81 S. 152 ff.; Forsthoff S. 116 f.; Geiger Anm. 6 c zu Art. 90 S. 280; v. Mangoldt, Vorbem. B XVI; v. Münch S. 38 f.; Köhl S. 95 ff.; Kröger S. 116 ff.; Koellreuter S. 52; Leisner, DVBl. 1960 S. 622 ff.; Martens S. 120; Partsch S. 24 ff.; Perschel S. 26; Tiedemann S. 106.
- 221) Vgl. Gröger S. 160 ff.; v. Münch S. 37 f.; Perschel S. 23 ff.; Partsch S. 24 ff.; Lerche in: Die Grundrechte Bd. 4 S. 449 ff.
- 222) Vor allem bei der Frage nach der Intensität der jeweilig erforderlich werdenden Grundrechtsbegrenzung. Man geht fälschlicherweise von einer Prävalenz entweder der Grundrechte oder der besonderen Gewaltverhältnisse aus. Vgl. hierzu Perschel S. 26, die besonderen Gewaltverhältnisse seien neben den Grundrechten unvermeidliche Übel, und v. Münch S. 35: Die Grundrechte seien gegenüber den besonderen Gewaltverhältnissen "das Gravierende".

Für die "freiwilligen" ²²³⁾ besonderen Gewaltverhältnisse wird heute noch die Auffassung vertreten, die Freiwilligkeit des Eintrittes bewirke eine Beschränkung der Grundrechtsgeltung ²²⁴⁾. Die Herrschaft des Satzes: "Volenti non fit iniuria" indiziere bei diesen besonderen Gewaltverhältnissen eine Entlassung der Verwaltung aus der ihr durch Art. 1 Abs. 3 GG auferlegten Grundrechtsbindung. Das könne jedoch nicht ohne jede Einschränkung gelten ²²⁵⁾. Während Forsthoff auf das Vorhandensein von Gesetzesvorbehalten bei den Einzelgrundrechten abstellt ²²⁶⁾, hat sich insbesondere Dürig ²²⁷⁾ um eine genauere Bestimmung der Grenze bemüht, jenseits derer ein Verzicht auf die Grundrechte als irrelevant anzusehen sei. Es gebe in "freiwilligen" besonderen Gewaltverhältnissen fraglos Situationen, in denen der Gewaltunterworfenen zu einem Objekt des Gewalthabers werde ²²⁸⁾. Hier mache bereits Art. 19 Abs. 2 GG ²²⁹⁾ den Verzicht des Grundrechtsträgers unwirksam. Ein weiteres Indiz für eine mangelnde rechtliche Erheblichkeit des Grundrechtsverzichts sei die Abwesenheit von Gesetzesvorbehalten bei dem in Betracht kommenden Einzel-

223) Die Terminologie ist nicht glücklich. Sie wird aber hier im Anschluß an die h.L. verwendet.

224) Vgl. Bender-Fürst S. 58; Cornelius-Gester-Woschech, S. 20; Dürig, AÖR 81 S. 152 ff.; Forsthoff S. 116; Freudenberger S. 191; Köhl, NJW 1953 S. 1373; Martens S. 29; Maunz S. 119; Perschel S. 23 stimmt nur teilweise zu. Vgl. auch Thieme, DÖV 1956, S. 524.

225) Vgl. hierzu Bender-Fürst S. 58; Cornelius-Gester-Woschech S. 20; Dürig, AÖR 81 S. 152 ff.; Herbert Krüger, NJW 1953 S. 1373.

226) Forsthoff S. 116 f.; vgl. auch Maunz S. 119 f., der zwischen staatsgesetzlichen und überstaatlichen Grundrechten unterscheidet.

227) Dürig, AÖR 81 S. 152 ff.

228) Vgl. auch Bachof in: Laforet Festschrift S. 301; v. Münch S. 28; Perschel S. 23.

229) Art. 19 Abs. 2 GG gilt nach h.L. auch innerhalb besonderer Gewaltverhältnisse. Vgl. dazu Dürig, AÖR 81 S. 152; Salzmann S. 97 und OVG Hamburg Urteil v. 16.4.1953; DVBL. 1953 S. 506 Leitsatz 6; vgl. auch v. Münch S. 42, der die Brauchbarkeit dieser Vorschrift als Kriterium für das Maß von Grundrechtsbegrenzungen untersucht.

grundrecht ²³⁰). Ein Verzicht des Grundrechtsträgers sei weiterhin auch dann als unwirksam anzusehen, wenn er zeitlich oder gegenständlich absolut sei ²³¹).

Dieser These wird entgegengehalten, daß die Gleichsetzung von Freiwilligkeit des Eintritts und Verzicht auf die volle Grundrechtsausübung unzulässig sei ²³²). Für die rechtliche Relevanz eines Verzichts sei nämlich erforderlich, daß man genau wisse, welche Modifikationen der Grundrechtsgeltung der Verzicht mit sich bringe. Das sei aber überwiegend nicht voraussehbar ²³³).

Weiter wird vorgebracht, daß bei den hier behandelten besonderen Gewaltverhältnissen eine echte Freiwilligkeit des Eintritts oder Austritts nicht vorliege ²³⁴). Soziale Umweltbedingungen und existentielle Notwendigkeiten bewirkten in der heutigen modernen Industriegesellschaft eine solche Begrenzung der menschlichen Willensfreiheit, daß der Raum freier Entfaltungsmöglichkeiten fast völlig eingeengt

230) Dürig geht nicht so weit wie Forsthoff, der das Fehlen des Gesetzesvorbehaltes als absolute Grenze betrachtet. Dürig fragt mit Recht, warum der Verzicht eines Theologieprofessors auf freie Realisierung des Art. 4 irrelevant sein solle.

231) Zeitlich absolut sei der Verzicht dann, wenn ein Ende der Grundrechtsbeschränkung nicht abzusehen sei, und wenn das Gewaltverhältnis vom Einzelnen nicht immer dann, wenn er der Grundrechtsbetätigung den Vorrang geben wolle, verlassen werden könne. Gegenständlich absolut sei er dann, wenn sich der Gewaltunterworfenen dem Gewalthaber total ausliefern und ihm den Eingriff in Lebensbereiche eröffnen, die durch den notwendigen Zweck des besonderen Gewaltverhältnisses nicht tangiert würden.

232) Vgl. v. Münch S. 29.

233) Vgl. hierzu Leisner, DVBl. 1960 S. 619, nach dem die Existenz besonderer Gewaltverhältnisse letztlich nur durch die objektive Unvorhersehbarkeit der jeweils erforderlich werdenden Eingriffe berechtigt sind.

234) Bender-Fürst S. 118; Cornelius-Gester-Woschech S. 20; Grewe S. 51; Köhl S. 75; Mann S. 410; v. Münch S. 28 f.; Perschel S. 23.

sei. So könne man beispielsweise von einem Beamten, der nach langjährigem Dienst eine Grundrechtsbegrenzung mißbillige, nicht erwarten, daß er die freie Grundrechtsbetätigung einem Verbleiben im Dienst vorziehe und dadurch die erworbenen Versorgungsansprüche gefährde²³⁵⁾.

Diesem Argument liegt eine richtige Beobachtung der sozialen und gesellschaftlichen Gegebenheiten zugrunde. Dennoch geht es an dem entscheidenden Gesichtspunkt vorbei. Primär müßte doch untersucht werden, ob ein vom Einzelnen ausgesprochener Verzicht auf die Ausübung der Grundrechte die Verwaltung aus der durch Art. 1 Abs. 3 GG aufgegebenen Grundrechtsbildung entlassen kann²³⁶⁾.

Die h.L. hält einen Verzicht auf das Grundrecht als Ganzes für rechtlich irrelevant²³⁷⁾, dagegen sei ein Verzicht auf spezielle, in den Grundrechten enthaltene Befugnisse möglich²³⁸⁾. Welcher rechtlich relevante Unterschied zwischen dem Verzicht auf ein Grundrecht als Ganzes und dem auf einzelne aus ihm resultierende Befugnisse bestehen soll, ist nicht ersichtlich²³⁹⁾. Es handelt sich bei dieser Unterscheidung vielmehr um einen unzulässigen rechtstechnischen Kunstgriff.

Die Frage, ob ein Grundrechtsverzicht des Grundrechtsträgers möglich sei, läßt sich nur dann korrekt beantworten, wenn das für die heutige freiheitliche Demokratie geltende Grundrechts-

235) Vgl. Leisner, DVBl. 1960 S. 619, nach dem die Austrittsmöglichkeit nur eine theoretische Abwehr ist, weil sie dem Interesse des Betroffenen schwer schadet.

236) Vgl. zu dieser Frage Fleiner S. 178 f.; Köhl S. 76 ff.; Malz, ZBR 1964 S. 104 und Perschel S. 23.

237) Vgl. Bachof, VVStrL 12 S. 60 f., Grewe S. 51, Martens S. 300.

238) Vgl. Grewe S. 51, Koellreuter S. 52, Martens S. 30.

239) Vgl. zur Kritik an dieser Unterscheidung Cornelius-Gester-Woschach S.20; Dürig, AÖR 81 S. 152. Vgl. auch Leisner, DVBl. 1960 S. 624 und v. Münch S. 27.

verständnis klargestellt wird ²⁴⁰⁾. Begreift man die Grundrechte wie es der überkommenen Denkweise entspricht ²⁴¹⁾, ausschließlich als durch ihre negative Abwehrfunktion charakterisierte Freiheitsrechte, aus denen im Individuum lediglich die Garantie einer staatsfreien Sphäre erwächst, so muß folgerichtig ein Grundrechtsverzicht des Einzelnen möglich sein.

Diese auf den Liberalismus zurückgehende individualistische Betrachtungsweise der Grundrechte ²⁴²⁾ kann jedoch für eine freiheitliche Demokratie, wie die des Grundgesetzes, keine Gültigkeit mehr beanspruchen ²⁴³⁾. Ein solches Grundrechtsverständnis wird durch die vom demokratischen Staat geforderte, wesensmäßige Zuordnung ²⁴⁴⁾ des staatlichen und des individuellen Eigenbereichs ausgeschlossen.

Der demokratische Staat ist nicht als vorgegebenes Herrschafts- und Willenssubjekt zu verstehen ²⁴⁵⁾. Er wird vielmehr in einem fortwährenden Prozeß, der von den demokratisch legitimierten Kräften in bewußter Realisierung aller von der Verfassung gesetzten Werte in Gang gebracht wird, in jedem Moment staatlicher Wirklichkeit

240) Vgl. hierzu Häberle S. 4 ff.; S. 17 ff., S. 70 ff.; Hamel S. 14 ff. und S. 23 ff.; Smend, Bürger S. 319 f.; vgl. für das Grundrecht der freien Meinungsäußerung Noltenius S. 91 f.

241) Vgl. statt vieler Fleiner S. 177 f.

242) Vgl. zur Herkunft dieses Grundrechtsverständnisses sowie zu der ihm zugrundeliegenden Staatsauffassung Häberle S. 85 ff.

243) Vgl. Hesse, VVStrL 17 S. 32, der in den Grundrechten Prinzipien der Begründung und Gewährleistung sachlich gerechtfertigter Gesamtordnung sieht; vgl. auch Häberle S. 19 ff.; Hamel S. 15; Noltenius S. 92; Smend, Bürger S. 319.

244) Vgl. Hesse, VVStrL 17 S. 32, der in der privaten Sphäre des Einzelnen nicht einen vom Staat ausgeklammerten Bereich, sondern einen in die Gesamtordnung eingefügten Sachbereich sieht.

245) Vgl. hierzu Smend, Verfassung und Verfassungsrecht S. 136 ff. und Hesse, VVStrL 17 S. 45.

neu konstituiert ²⁴⁶⁾. Diese Konstituierung des demokratischen Staates stellt die Erfüllung einer im GG normierten Aufgabe dar. Damit diese Aufgabe dem Geist der Verfassung entsprechend erfüllt wird, bedarf der Staat solcher Bürger, welche durch die Ausübung der ihnen im Grundrechtskatalog garantierten Rechtspositionen, die in den Grundrechten selbst liegenden Kräfte und Werte in jeden von der staatlichen Wirklichkeit erfaßten Lebensbereich hineintragen ²⁴⁷⁾. Daher ist jeder Bürger auch aufgerufen, von den Grundrechten Gebrauch zu machen. Die Inanspruchnahme der Grundrechte ist eine spezifische Voraussetzung demokratisch-staatlicher Existenz.

Die Bedeutung der Grundrechte erschöpft sich daher nicht in einer Abwehrfunktion. Die Realisierung der Grundrechte bedeutet darüber hinaus eine Mitwirkung an der jedem Bürger aufgegebenen verfassungsmäßigen Konstituierung des demokratischen Staatswesens. Weiterhin trägt die ständige Grundrechtsausübung dazu bei, die den Grundrechten immanenten Werte zu verwirklichen. Die Grundrechte stehen nicht zur freien Verfügung des Bürgers ²⁴⁸⁾. Der Einzelne kann zwar zur Ausübung seiner Grundrechte nicht mit Zwang angehalten werden. Das widerspräche der in der Verfassung

246) Vgl. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht S. 136 "Geistige Kollektivgebilde sind als Teile der Wirklichkeit nicht statisch daseiende Substanzen, sondern die Sinneseinheit reellen geistigen Lebens, geistiger Akte. Ihre Wirklichkeit ist die einer funktionellen Aktualisierung, Reproduzierung, genauer einer dauernden geistigen Bewältigung und Weiterbildung".

247) Vgl. Hamel S. 15 zur Reziprozität der Beziehung zwischen Grundrechten und Gemeinschaft.

248) Vgl. Cornelius-Gester-Woschech S. 19, der Staat müsse den Einzelnen unter Umständen auch gegen seinen Willen in seiner Grundrechtssphäre schützen.

garantierten persönlichen Freiheit ²⁴⁹⁾. Jedoch besagt das nicht, daß die Verwaltung durch einen Verzicht des Einzelnen aus ihrer in Art. 1 Abs. 3 GG festgesetzten Bindung an die Grundrechte entlassen werden könnte ²⁵⁰⁾.

b) Die "unfreiwilligen" besonderen Gewaltverhältnisse

Die Behandlung der "unfreiwilligen" besonderen Gewaltverhältnisse ist noch lebhafter umstritten ²⁵¹⁾. Überwiegend wird davon ausgegangen, daß zwischen den besonderen Gewaltverhältnissen als Subordinationsverhältnissen und den Grundrechten als Freiheitsrechten ein Spannungsverhältnis bestehe ²⁵²⁾. Da aber sowohl die Grundrechte als auch die besonderen Gewaltverhältnisse eine eigenständige Position innerhalb unserer Verfassung einnehmen, muß dieses Spannungsverhältnis eine am Geiste der Verfassung orientierte Lösung erfahren ²⁵³⁾. Eine befriedigende Klärung der sich stellenden Problematik sucht man vornehmlich auf zwei Wegen. Die einen räumen den Grundrechten gegenüber den besonderen Gewaltverhältnissen eine bevorzugte Stellung ein ²⁵⁴⁾, andere dagegen gründen ihre Meinung auf eine Prävalenz der besonderen Gewaltverhält-

249) Nur insoweit ist Dürig, AÖR 81 S. 152 Recht zu geben.

250) Vgl. Ehmke S. 103: "Daher ist auch das ganze Gemeinwesen dafür mitverantwortlich, daß die Grundrechte nicht nur dem einzelnen Staatsbürger zustehen, sondern daß sie Verfassungswirklichkeit sind."

251) Von Mangoldt-Klein Vorbem. B XVI bezeichnet das Verhältnis von Grundrechten und besonderen Gewaltverhältnissen als ausgesprochen unklar. Vgl. auch Herbert Krüger, NJW 1953 S. 1372.

252) Vgl. Martens S. 25; vgl. auch Perschel S. 10 und v. Münch S. 35.

253) Vgl. zu den theoretischen Lösungsmöglichkeiten v. Münch S. 35 und Perschel S. 19.

254) Vgl. v. Münch S. 35, die Grundrechte seien gegenüber den besonderen Gewaltverhältnissen "das Gravierende"; vgl. auch Perschel S. 26, die besonderen Gewaltverhältnisse seien neben den Grundrechten als "unvermeidliche Übel" zulässig.

nisse 255).

Diejenigen, die von einem Übergewicht der besonderen Gewaltverhältnisse ausgehen, sehen in ihnen eine inhaltliche, verfassungsimmanente Schranke der Grundrechte. So vertritt Giacometti 256) ganz allgemein die These, daß die durch die Verfassung gegebene Garantie der Grundrechte nur soweit gehe, wie es das wohlverstandene öffentliche Interesse erlaube. Eine schrankenlose Gewährleistung der Grundrechte würde das Ende jeder individuellen Freiheit und damit die Auflösung des liberalen Staates selbst zur Folge haben. Die Freiheitsrechte werden somit "allein unter dem Vorbehalt der öffentlichen Interessen garantiert" 257). Da nun in den besonderen Gewaltverhältnissen vornehmlich öffentliche Interessen vertreten werden, gelten hier die Grundrechte als eingeschränkt" 258).

Die Gedanken Giacometti's finden eine Parallele in der Lehre von Mangoldt-Klein's. Klein ordnet die besonderen Gewaltverhältnisse in das von ihm aufgestellte terminologisch diffizile System 259) von Grundrechtsschranken ein 260). Nach Klein ist zwischen Gewährleistungsschranken und Vorbehaltsschranken zu differenzieren. Der Unterschied ergibt sich daraus, daß die Gewährleistungsschranken stillschweigend, die Vorbehaltsschranken ausdrückliche Einschränkungen sind. "Die Gewährleistungsschranken sind solche Schranken der Grundrechte, Grundsatznormen und grundrechtlichen Auslegungsregeln, die in der Art und

255) Vgl. v. Mangoldt-Klein Vorbem. XVI; sowohl auch Köhl S. 98.

256) Vgl. Giacometti S. 172 ff.; vgl. zur Kritik an seiner Auffassung Köhl S. 95, der diese These fälschlich als herrschend bezeichnet.

257) Giacometti S. 173.

258) So schon Fleiner S. 167, wonach die besonderen Gewaltverhältnisse Räume sind, deren Ausführung dem pflichtgemäßen Ermessen der Verwaltung überlassen bleibt.

259) Mit Recht hält v. Münch S. 32 diese Lehre in ihrer Terminologie für nicht glücklich.

260) Vgl. zu folgendem v. Mangoldt-Klein Vorbem. B XV.

Weise ihrer verfassungsrechtlichen Gewährleistung selbst enthalten sind ²⁶¹⁾. Die Gewährleistungsschranken unterteilt Klein weiter in sachliche und persönliche. "Sachliche Gewährleistungsschranken sind solche Schranken der Grundrechte ..., durch die diese nach ihrem Inhalt und Wesen sachlich begrenzt werden. Persönliche Gewährleistungsschranken sind solche, durch die die aus den Grundrechten Berechtigten bestimmt werden" ²⁶²⁾. Eine weitere Differenzierung ergibt sich daraus, daß die Gewährleistungsschranken einmal in der Einzelgewährleistung des Grundrechtes enthalten sein können, zum anderen sich aus dem System der Grundrechtsbestimmungen ergeben können. Im ersten Fall spricht Klein ²⁶³⁾ von immanenten, im zweiten Fall von systematischen Gewährleistungsschranken. "Es gibt sowohl immanente, als auch systematische sachliche und persönliche Gewährleistungsschranken" ²⁶⁴⁾ Die besonderen Gewaltverhältnisse stellen nach Klein ²⁶⁵⁾ einen Sonderfall der persönlichen Gewährleistungsschranken dar, also einen dritten Fall neben den behandelten immanenten und systematischen persönlichen Gewährleistungsschranken ²⁶⁶⁾. Dem Erfordernis, daß alle Schranken der Grundrechte mittelbar oder unmittelbar im Grundgesetz verankert sein müssen, ist nach Klein genügt, da die besonderen Gewaltverhältnisse, soweit sie nicht im GG institutionalisiert sind, in der von der Verfassung vorausgesetzten, rechtlichen Ordnung begründet sind.

261) v. Mangoldt-Klein Vorbem. B XV 2.

262) v. Mangoldt-Klein Vorbem. B XV 2.

263) v. Mangoldt-Klein Vorbem. B XV 2.

264) v. Mangoldt-Klein Vorbem. B XV 2.

265) v. Mangoldt-Klein Vorbem. B XV 4.

266) v. Münch S. 23 bezeichnet das Schranken-system als erste, "zumindest äußerlich geschlossene Konzeption".

3. Die Intensität der Grundrechtsbegrenzungen nach den heutigen Lehren

a) Die Würde des Untersuchungsgefangenen

Die Betrachtung der von der h.L. verwendeten Abgrenzungskriterien zwischen Grundrechten und besonderen Gewaltverhältnissen offenbart die bestehende Unsicherheit. Überwiegend wird der Standpunkt vertreten, daß die als notwendig erkannten "Grundrechtseinschränkungen" im besonderen Gewaltverhältnis in möglichst engen Grenzen zu halten sind ²⁶⁷⁾. "Im Zweifel für die Freiheit" ²⁶⁸⁾ ist das pathetische, aber rechtlich bedenkliche Motto. Eine solche Betrachtungsweise, die die Verwaltung in die Rolle eines machtvollen Feindes der Grundrechte drängt, kann heute keine Gültigkeit mehr beanspruchen ²⁶⁹⁾. Sie muß die Zuordnung von Grundrechten und besonderen Gewaltverhältnissen notwendig verfehlen.

Eine absolute Grenze ist allen staatlichen Maßnahmen, die im Verlaufe der Untersuchungshaft erfolgen, durch die Würde des Gefangenen gesetzt ²⁷⁰⁾. Art. 1 Abs. 1 GG erklärt die Würde des Menschen für unantastbar und verpflichtet alle staatliche Gewalt, diese Würde zu achten und zu schützen. Der in Art. 1 Abs. 1 GG ausgedrückten Ehrfurcht vor der menschlichen Würde entspricht es, wenn Nr. 13 Abs. 3 Satz 1 UVollzO fordert, die Persönlichkeit des Gefangenen sei zu schonen und sein Ehrgefühl zu achten, und wenn Nr. 18 Abs. 1 UVollzO befiehlt: "Der Untersuchungsgefangene ist würdig, gerecht und menschlich zu behandeln".

267) Vgl. u.a. v. Mangoldt-Klein Vorbem. B XVI 5 und Koellreuter S. 52.

268) Hamann Vorbem. I S. 68.

269) Dasselbe meint Kalisch, AÖR 78 S. 344, wenn er ausführt, es könne keinen rechten Konflikt zwischen Grundrechten und Beamtenpflichten geben.

270) Vgl. v. Mangoldt-Klein Vorbem. B XVI 5.

Die Würde des Menschen ist kein primär juristischer Begriff, wenn ihm auch durch Aufnahme in das GG hervorragende rechtliche Bedeutung zuge wachsen ist. Der Begriff der menschlichen Würde ist vielmehr Ausdruck eines Grundprinzips, das in jeder menschlichen Gemeinschaft beachtet werden muß. Daraus geht bereits hervor, daß bei der Interpretation der menschlichen Würde ²⁷¹⁾ nicht allein von dem konkreten Menschen ausgegangen werden darf, sondern auch seiner Beziehung und Verpflichtung gegenüber menschlicher und staatlicher Lebensgemeinschaft Rechnung zu tragen ist.

Die Frage, wann eine Maßnahme der staatlichen Vollzugsbehörden die Würde des Gefangenen verletze, beantwortet Spannagel ²⁷²⁾ relativ. Ein Verstoß liege immer dann vor, wenn Eingriffe des Staates in einem unerträglichen Verhältnis zu dem vom Gemeinwesen verfolgten Zwecken stünden. Dem ist nicht beizupflichten. Es geht nicht an, in jedem Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine Verletzung der menschlichen Würde zu sehen.

Die Würde des Untersuchungsgefangenen ist immer dann verletzt ²⁷³⁾, wenn er zum Objekt staatlicher Tätigkeit, zu einem bloßen Mittel oder zu einer vertretbaren Größe innerhalb der Haftanstalt herabgewürdigt wird ²⁷⁴⁾. In diesem Fall wird der in der Menschenwürde enthaltene Anspruch auf eine dem Wesen des Menschen ent-

271) Vgl. hierzu Maunz-Dürig Anm. 17 zu Art. 1 GG; vgl. auch v. Mangoldt-Klein Bem. III 3 a zu Art. 1 GG.

272) Spannagel S. 34 ff.

273) Vgl. Maunz-Dürig Anm. 28 zu Art. 1 GG.

274) So würde beispielsweise die Anrede der Untersuchungsgefangenen nach Nummern gegen die menschliche Würde verstoßen.

sprechende, individuelle Wertung seiner Persönlichkeit mißachtet. Das Verhältnis des Untersuchungsgefangenen muß daher so beschaffen sein, daß jedem Häftling in den Grenzen, die das Institut der Untersuchungshaft zwingend setzt, eine seiner Individualität entsprechende Behandlung zuteil wird ²⁷⁵⁾.

b) Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG

Als weitere absolute Grenze, die der staatlichen Tätigkeit beim Vollzug der Untersuchungshaft gesetzt ist, wird von Lehre und Rechtsprechung die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG angesehen ²⁷⁶⁾. Eine Begrenzung der Grundrechte des Untersuchungsgefangenen müssen immer dann als rechtswidrig angesehen werden, wenn sie den Wesensgehalt der Grundrechte antaste. Wann eine solche Verletzung des Wesensgehaltes eines Grundrechtes vorliegt, ist indes umstritten ²⁷⁷⁾.

Der wohl überwiegende Teil der Lehre geht von einem absoluten Begriffsinhalt des Art. 19 Abs. 2 GG aus ²⁷⁸⁾. Er stellt Verstöße gegen Art. 19 Abs. 2 GG auf dem Wege eines Subtraktionsverfahrens fest, indem er einen Vergleich zwischen der ursprünglichen Rechtsposition des Betroffenen und der rechtlichen Stellung, die nach dem Ein-

275) Hieraus folgt bereits das später noch ausführlich behandelte Gebot einer individuellen, auf den jeweiligen konkreten Haftzweck abstellenden Behandlung des Untersuchungsgefangenen.

276) Vgl. allgemein zur Stellung des Art. 19 Abs. 2 GG im besonderen Gewaltverhältnis Salzmann S. 97; v. Münch S. 42 weist richtig darauf hin, daß Art. 19 Abs. 2 GG keinen materiellen Maßstab für "Grundrechtseinschränkungen" geben, sondern allenfalls eine absolute Grenze darstellen können-.

277) Vgl. einerseits Gutachten des BGH v. 28.4.1952, DVBl. 1953 S. 472 f.; andererseits BVerfGE 2, 266 (285), die allerdings den Streitstand nicht vollständig wiedergeben.

278) Vgl. BK Anm. II 2 a zu Art. 19 und v. Mangoldt-Klein Anm. V 4 a zu Art. 19 GG.

griff in ein bestimmtes Grundrecht dem Betroffenen noch verbleibt, zieht. Ist dieser Rechtsbestand grundrechtlicher Freiheit so minimal, daß er schlechthin nicht mehr als Bestandteil des ursprünglichen Grundrechts angesehen werden kann, so liegt eine gegen Art. 19 Abs. 2 GG verstoßende Maßnahme vor²⁷⁹⁾.

Eine andere Lehre faßt den Begriff des Wesensgehaltes relativ auf. So vertritt der BGH²⁸⁰⁾ die Auffassung, ein Grundrecht werde dann in seinem Wesensgehalt angetastet, wenn die wesensmäßige Geltung und Entfaltung stärker eingeschränkt würden, als dies der sachliche Anlaß, der zu der Beschränkung geführt habe, unbedingt gebiete²⁸¹⁾.

Den richtigen Weg zeigt die Arbeit Häberles²⁸²⁾. Sie verwirklicht das oft genannte, aber selten konsequent verfolgte Postulat einer ganzheitlichen Verfassungsinterpretation. Art. 19 Abs 2 GG steht in unlösbarem Zusammenhang mit den einzelnen Grundrechtsbestimmungen. Er steht nicht als Behüter der Grundrechte über oder neben diesen. Die Verfassung gewährt die Grundrechte und garantiert ihren Wesensgehalt, der sich jedoch nicht lediglich aus den Grundrechten allein, sondern nur aus dem Verhältnis der Grundrechte zu den anderen Verfassungsrechtsgütern erkennen läßt. Diese bereits im Grundrechtskatalog enthaltene Wesensgehaltgarantie wird in Art. 19 Abs. 2

279) Nicht unmißverständlich erscheint die Formel des BVerfG, vgl. BVerfGE 2, 266 (285), es komme darauf an, welche Bedeutung das Grundrecht nach der Einschränkung noch für das soziale Leben im Ganzen besitze.

280) BGH Gutachten v. 28.4.1952, DVBl. 1953 S. 472 ff.; BGH Beschl. v. 17.10.1955, DÖV 1955 S. 730; vgl. auch Maunz S. 113.

281) Tiedemann S. 104 ist zuzustimmen, daß diese den Grundrechtsschutz stark relativierende Meinung immerhin den Wert hat, daß sie in dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Zweck und Mittel für das gesamte Verhältnis zwischen Staat und Einzelnen ein rechtsfundamentales Korrelat findet.

282) Vgl. Häberle S. 234 f.

GG lediglich deklaratorisch wiederholt. Damit wird klar, daß Art. 19 Abs. 2 GG selbst keinen Maßstab für das Verhältnis von Grundrechten und besonderen Gewaltverhältnissen zu bieten vermag.

c) Die Bedeutung eines "speziellen Gesetzesvorbehalts"

Es wird die Auffassung vertreten, die Grundrechte könnten während des Vollzuges der Untersuchungshaft nur dann "eingeschränkt" werden, wenn das in Betracht kommende Grundrecht von der Verfassung ausdrücklich für einschränkbar erklärt worden sei und nur insoweit als dieser Gesetzesvorbehalt reiche ²⁸³⁾.

Diese These ²⁸⁴⁾ kann nicht zu einer sachgerechten Problemlösung herangezogen werden. Bereits ihre Ergebnisse sind unhaltbar. Sollte wirklich der Inhalt des Rechts auf Kulturausübung durch den Untersuchungshaftvollzug keinerlei Modifikationen erfahren? Soll es dem Untersuchungsgefangenen beispielsweise erlaubt sein, die festgelegten Essenszeiten oder die Zeit des täglichen Spaziergangs unter Hinweis auf religiöse Verrichtungen außer Acht zu lassen? Oder soll es ihm gar gestattet sein, die Ruhe der Anstalt des Nachts durch Absingen geistlicher Lieder zu stören? Und wie verhält es sich weiter mit der Versammlungsfreiheit, die nach dem Wortlaut der Verfassung innerhalb geschlossener Räume nicht

283) Forsthoff S. 117; Leisner, DVBl. 1960 S. 624; Krüger, NJW 1953 S. 1373; Dürig, AöR 81 S. 155 hält den Gesetzesvorbehalt nur in unfreiwilligen besonderen Gewaltverhältnissen für begrenzend. Nach einer anderen Auffassung liegt eine absolute Grenze der Möglichkeit von Grundrechtsbegrenzungen darin, daß nur staatsgesetzliche, nicht aber überstaatliche Grundrechte begrenztbar sind. Vgl. Maunz S. 119; Partsch S. 26 f.; Martens S. 31; Koellreuter S. 52.

284) Leisner, DVBl. 1960 S. 617 ff. versucht, diese These verfassungsrechtlich zu begründen.

einschränkbar ist? Sie dem Untersuchungsgefangenen zu gewähren, erscheint selbst dem laienhaften Betrachter als praktisch unmöglich. Damit ist klar, daß die dargestellte These die in der Praxis auftauchenden Problemlagen nicht bewältigen kann.

d) Natur und Zweck des Untersuchungshaftverhältnisses

Von vielen wird auf die Natur des jeweiligen besonderen Gewaltverhältnisses als Kriterium für die Intensität der Grundrechtsbegrenzungen zurückgegriffen ²⁸⁵⁾. Die Effektivität der Grundrechte sei im besonderen Gewaltverhältnis insoweit begrenzt, als die Realisierung der Grundrechte mit der Natur des betreffenden besonderen Gewaltverhältnisses kollidieren.

Dieser Weg ist nicht gangbar. Die Natur des Untersuchungshaftverhältnisses ist ein Phänomen von so großer begrifflicher Offenheit, daß sie zur Bewältigung praktischer Rechtsfälle unbrauchbar ist ²⁸⁶⁾.

Identifiziert man wie der überwiegende Teil der Lehre ²⁸⁷⁾ Natur und Wesen des besonderen Gewalt-

285) Vgl. Geiger Anm. 6 c zu Art. 90; v. Mangoldt-Klein, Vorbem. B XVI 5 mit Hinweis auf Dürig; Röhl, JZ 1954 S. 65; Zinn-Stein Vorbem. IV 1 vor Art. 1. Nach Perschel S. 31 gehen alle bisher vorgeschlagenen Begriffe auf die Natur der Sache zurück.

286) Der Rechtsstaat fordert aber eine gewisse Voraussehbarkeit staatlicher Machtausübungen. Vgl. Maunz-Dürig Anm. 86 zu Art. 20.

287) Vgl. v. Mangoldt-Klein Vorbem. B XVI 4; Martens S. 108; Salzmann S. 96 stellt es auf die Eigenart des besonderen Gewaltverhältnisses ab; Perschel S. 32 behauptet unter Hinweis auf Radbruch, „Natur“ und „Wesen“ seien Synonyma.

verhältnisses, so ändern sich die vorgetragenen Bedenken nicht.

Andere sehen im Zweck des besonderen Gewaltverhältnisses das entscheidende Abgrenzungskriterium²⁸⁸⁾. Der Zweckbegriff erscheint jedoch bereits deshalb wenig brauchbar, weil keinesfalls allen besonderen Gewaltverhältnissen ein allgemein gültiger Zweck zu eigen ist. Es sei auf das besondere Gewaltverhältnis des Studenten²⁸⁹⁾ hingewiesen, für das es außerordentlich strittig ist, ob es neben dem allgemein anerkannten Bildungszweck auch noch einen Erziehungszweck verfolgt. Man denke weiter an das Verhältnis des Strafgefangenen. Hat hier der Freiheitsentzug general- oder spezialpräventiven Charakter oder verfolgt er einen Sühnezweck²⁹⁰⁾?

Sind diese Bedenken beim Institut der Untersuchungshaft, das einen allgemein anerkannten, mit dem jeweiligen Haftgrund identischen²⁹¹⁾ Zweck verfolgt, nicht vorhanden, so muß dem Zweckbegriff jedoch aus einem anderen Grunde die Gefolgschaft versagt werden. Von unserem Ausgangspunkt kann diese Auffassung nicht richtig sein, da sie der staatlichen Verwaltungstätigkeit innerhalb der besonderen Gewaltverhältnisse grundsätzlich den Vorzug vor einer Grundrechtsbetätigung des Individuums einräumt. Der in dieser Arbeit geforderten Zuordnung von Grundrechten und besonderen Gewaltverhältnissen und einer daraus folgenden Wechselbezüglichkeit kann es nicht entsprechen, wenn von einer Prävalenz verwaltungstechnischer Notwendigkeiten aus-

288) Vgl. Dürig, AÖR 81, 152; Koellreuter S. 52; Merk, VVStrL 12 S. 104; Mann, DÖV 1960 S. 409; Salzmann S. 96. Es sei daran erinnert, daß der Zweckbegriff bereits z.Bt. Labands verwendet wurde.

289) Vgl. Leisner, DVBl. 1960 S. 620 und Thieme S. 347.

290) Vgl. hierzu Spannagel S. 82 ff. und v. Münch S. 75.

291) Gegen die Gleichsetzung von Haftzweck und konkretem Haftgrund Dallinger in Anm. z. Beschl.d. OLG Bremen v. 25.11.1950, MDR 1951 S. 121.

gegangen wird. Damit wird die zwischen Grundrechten und besonderen Gewaltverhältnissen bestehende Verbindung zu Unrecht geleugnet. Vielmehr ist, wie noch zu zeigen sein wird, der konkrete Haftzweck nur einer von mehreren Gesichtspunkten, die auf eine Modifizierung der Grundrechtseffektivität Einfluß nehmen.

5. Der Begriff des "Funktionierens"

Von Münch ²⁹²⁾ hat ein neues Kriterium in die Lehre eingeführt ²⁹³⁾. Er gesteht dem Begriff des "Funktionierens" entscheidende Bedeutung zu. Indem das GG besondere Gewaltverhältnisse institutionalisiere, gebe es eine Garantie für deren reibungslosen Funktionsablauf. Aus dem hohen Rang der Grundrechte folge jedoch, daß eine Einschränkung nur in allerengsten Grenzen erfolgen dürfe. Das unumgängliche und äußerste Maß lasse sich bei Beachtung des Gesichtspunktes des "Funktionierens" finden.

Dem naheliegenden Vorwurf, Zweck und "Funktionieren" seien identisch ²⁹⁴⁾, versucht v. Münch durch eine weitere Substantiierung zu entgehen. Er will unter "Funktionieren" nicht den reibungslosen Ablauf der Verwaltung als solcher verstehen, sondern begrenzt seinen Begriff auf den jeweiligen konkreten Sachbereich des von einer "Grundrechtseinschränkung" betroffenen Gewaltunterworfenen.

Gegen die Lösung bestehen ebenfalls die bereits gegen den Zweckbegriff vorgebrachten grundsätzlichen Bedenken. Sie führt letztlich zu der Auffassung, daß die Grundrechte den besonderen Gewaltverhältnissen gegenüber prinzipiell zurücktreten müßten, wenn verwaltungstechnische Notwendigkeiten dies erforderlich machten.

292) Vgl. v. Münch S. 39 ff.

293) Vgl. Martens S. 29 und Kalisch, AÖR 78 S. 346.

294) So Perschel S. 28.

Auch sonst bestehen gegen die Verwertbarkeit des Begriffes des "Funktionierens" erhebliche Bedenken. Dieses Kriterium erlaubt keine eindeutige Lösung. Es enthält eine Skala, deren jeweilige Extremwerte beträchtlich weit voneinander entfernt liegen. So kann, wie es auch der Sprachgebrauch des Lebens zeigt, ein Sachbereich sehr gut "funktionieren", gerade noch bzw. schlecht oder überhaupt nicht "funktionieren". Soll nun eine freie Grundrechtsbetätigung immer dann begrenzt sein, wenn andernfalls der Sachbereich nicht mehr gut "funktioniert"? Das würde zu einer unvertretbar starken Beeinträchtigung der Grundrechte führen. So könnte beim Untersuchungsgefangenen jeglicher Brief- und Besuchsverkehr mit dem Hinweis abgestellt werden, ohne ihn seien Ordnung im Gefängnis und Zweck der Haft am besten gewährleistet ²⁹⁵⁾. Wollte man es jedoch auf den Gegenwert der Skala, also auf ein "Gerade-noch-Funktionieren" abstellen, so wäre damit in vielen Fällen eine geordnete Verwaltung in Frage gestellt. Würde man es dem Untersuchungsgefangenen freistellen, zu welchen Zeiten er das Essen einnehmen möchte, oder wann er den täglichen Spaziergang machen will, so könnte vielleicht bei Vorhandensein von genügend Gefängnispersonal von einem "Gerade-noch-Funktionieren" gesprochen werden. Daß der Richter jedoch zu solch' weitgehenden Zugeständnissen im Interesse eines ordnungsgemäßen Lebensablaufs innerhalb der Haftanstalt nicht gezwungen werden sollte, erscheint selbstverständlich.

295) Vgl. zu einer solchen Praxis den Beschl. d. OLG Celle vom 14.11.1963, MDR 1964 S. 253, wo die Beschlagnahme eines Briefes, der sich mit einem Auskunftersuchen an das Zentralarchiv in Potsdam wendet, bestätigt wird, weil durch ihn die Ordnung der Anstalt gefährdet werde.

V. Eigener Lösungsversuch

1. Die Grundrechte und die besonderen Gewaltverhältnisse als von der Verfassung in gleichem Maße garantierte Rechtsgüter

Die dargelegten, neueren Lehrmeinungen lassen sich nicht halten ²⁹⁶⁾. Der Wortlaut der Verfassung gibt für eine Qualifikation der besonderen Gewaltverhältnisse als Schranke der Grundrechtseffektivität nichts her.

Indes zeigt ein Blick auf die Lehre des Rechtspositivismus, welchen historischen Ursprung diese Auffassung hat. Die dargestellten Lehrmeinungen halten letztlich an den traditionellen Thesen fest, obwohl nahezu alle sie tragenden Voraussetzungen hinfällig geworden sind. Sicherlich behauptet heute niemand mehr, die besonderen Gewaltverhältnisse seien prinzipiell rechtsfreie Räume, aber es bedeutet nur eine geringe Abwandlung der Labandschen Auffassung, wenn man die im besonderen Gewaltverhältnis auftretenden Notwendigkeiten generell für geeignet hält, die Grundrechte in ihrer Effektivität zurückzudrängen. Die besonderen Gewaltverhältnisse wandeln sich bei dieser Sicht aus **r e c h t s f r e i e n** Räumen mit **v e r m i n d e r t e r** Rechtsgeltung.

Fraglich ist, ob das Wesen des Verhältnisses von Grundrechten und besonderen Gewaltverhältnissen von denen richtig bestimmt wird, die wie von Münch ²⁹⁷⁾ den Grundrechten die prinzipiell stärkere Stellung zuerkennen. v. Münch ist der Auffassung, die Grundrechte seien das "Gravierende, die besonderen Gewaltverhältnisse seien neben ihnen gleichsam als "unvermeidliche Übel" ²⁹⁸⁾ zugelassen. Den Ausgleich zwischen beiden Verfassungsrechtsgütern sucht von Münch nicht in einer Koordination, sondern in einer jeweils verschiedenen Subordination. Dabei verlieren

296) Vgl. die Kritik bei Krüger S. 167.

297) Vgl. v. Münch S. 35 ff.

298) So Perschel S. 26, der sich auf Hildegard Krüger und v. Münch beruft.

die Grundrechte ihre überragende Stellung dann, wenn die Funktionsfähigkeit des Staates einen Eingriff dringend erforderlich macht ²⁹⁹⁾, denn der ungestörte Ablauf staatlicher Funktionen sei es schließlich, der zur Möglichkeit der Gewährleistung der Grundrechte führe. Die Grundrechte müßten daher um seinetwillen zurücktreten ³⁰⁰⁾.

Diese Auffassung ist abzulehnen. Sicherlich gibt das Grundgesetz dem Grundrechtskatalog eine eminente Bedeutung, wie sich schon rein formal daraus schließen läßt, daß es die Normierung der Grundrechte in bewußter Abkehr von der Weimarer Verfassung an den Anfang des Textes setzt ³⁰¹⁾. Jedoch folgt aus dieser formalen Stellung der Grundrechte innerhalb der Verfassung schon um dessentwillen nichts für ihren Vorrang gegenüber den besonderen Gewaltverhältnissen, als diese teilweise selbst, wie z.B. das besondere Gewaltverhältnis des Schülers und Studenten ³⁰²⁾, im Grundrechtsteil institutionalisiert sind.

Die besonderen Gewaltverhältnisse werden z.T. in der Verfassung ausdrücklich erwähnt ³⁰³⁾, teilweise werden sie von ihr als Ordnungskomplexe öffentlicher Verwaltungsfunktionen vorausgesetzt. Das In-

299) So auch Hamel S. 51.

300) Nach v. Münch ist die Funktionsfähigkeit des Staates nur dann mit einem reibungslosen Verlauf der Verwaltungstätigkeit innerhalb besonderer Gewaltverhältnisse identisch, wenn die besonderen Gewaltverhältnisse im Grundgesetz institutionalisiert sind. Diese weitverbreitete Ansicht (vgl. Hildegard Krüger, ZBR 1956 S. 312; Köhl S. 97; Perschel S. 23), daß nur bei im GG institutionalisierten besonderen Gewaltverhältnissen eine Auswirkung auf die Grundrechte möglich sei, ist abzulehnen. Abgesehen davon, daß man darüber streiten kann, welche besonderen Gewaltverhältnisse im GG institutionalisiert sind (vgl. Perschel S. 23 über die Schulgewalt) ist davon auszugehen, daß es genügt, wenn sich die besonderen Gewaltverhältnisse auf die von der Verfassung "vorausgesetzte und rechtlich anerkannte Ordnung" (Martens S. 29) stützen.

301) Vgl. hierzu Maunz S. 87.

302) Vgl. Art. 5 Abs. 3 GG und Art. 7 GG.

303) Vgl. das Schulverhältnis (Art. 7 GG); das Wehrverhältnis (Art. 17 a GG) und das Beamtenverhältnis (Art. 33 Abs. 4 GG).

stitut der Untersuchungshaft findet in Art. 104 Abs. 3 GG seine verfassungsrechtliche Grundlage. Dort ordnet die Verfassung an, daß der Richter einen wegen des Verdachts einer strafbaren Handlung vorläufig Festgenommenen spätestens am darauffolgenden Tage freilassen oder gegen ihn einen Haftbefehl erlassen müsse. Damit geht sie von der Existenz des Instituts der Untersuchungshaft aus.

Neben den besonderen Gewaltverhältnissen stehen die Grundrechte als verfassungsrechtliche Gewährleistungen eines freiheitlichen demokratischen Lebensprozesses ³⁰⁴⁾. Dort, wo eine tatsächliche Realisierung von Grundrechten und besonderen Gewaltverhältnissen auf Schwierigkeiten stößt, muß die Verfassung selbst daraufhin untersucht werden, ob sie eine konkrete Lösungsmöglichkeit zeigt, oder ob sie wenigstens erkennen läßt, in welchem Geist eine Lösung erfolgen soll.

Naturgemäß kann eine Verfassung immer nur ein normativ unvollständiges Ordnungsgefüge sein. Es ist dies ein keineswegs als negativ zu beurteilender Wesenszug, der sich daraus ergibt, daß die Mannigfaltigkeit und Variabilität realer Lebensprozesse im staatlichen Bereich eine perfektionierte rechtliche Kodifizierung unmöglich macht.

Angesichts dieser Eigenart der Verfassung führt eine positivistische Betrachtung einerseits der Verfassungsnormen, die die besonderen Gewaltverhältnisse institutionalisieren, andererseits der Normen, die die Grundrechte gewährleisten, zu keiner Lösung der Problematik. Eine Interpretation, die sich um eine, unserer staatlichen Wirklichkeit gerecht werdende Aussage über das gegenseitige Verhältnis von Verfassungsnormen bemüht, muß sich bei der Auslegung der in der Verfassung enthaltenen Einzelsätze vielmehr von der Vorstellung leiten

304) Vgl. Ehmke S. 123.

lassen, daß die Verfassung eine sinnvolle, lebendige Einheit anstrebe ³⁰⁵⁾. Diese Einheit ergibt sich folgendermaßen daraus, daß das Zusammenspiel aller Einzelnormierungen der Verfassung die erste Voraussetzung für einen geordneten Wirkungsablauf des staatlichen Lebens darstellt ³⁰⁶⁾.

Von diesem Ausgangspunkt ganzheitlicher Verfassungsinterpretation ist auch die hier angeschnittene Problematik zu betrachten. Grundrechte und besondere Gewaltverhältnisse sind beide in ihrer spezifischen Eigengesetzlichkeit von der Verfassung gewährleistet. Beide genießen gleichermaßen ihren Schutz und ihre Förderung ³⁰⁷⁾. Daher kann niemals eine jeweils verschiedene Subordination, sondern allein eine auf die jeweiligen speziellen Verhältnisse des anderen Lebensbereiches Rücksicht nehmende Koordination beider Verfassungsrechtsgüter dem Geiste des Grundgesetzes entsprechen ³⁰⁸⁾. Dementsprechend verlangt eine der Verfassung gerechtwerdende Lösung des Verhältnisses von Grundrechten und besonderen Gewaltverhältnissen, daß beide Verfassungsgüter in einem engen Zusammenhang betrachtet werden ³⁰⁹⁾. Der spezifische Inhalt des einen Sachbereichs kann nicht ohne Hinblick auf den des anderen bestimmt werden ³¹⁰⁾.

Damit entfernt sich unsere Prüfung bezüglich des Verhältnisses von Grundrechten und besonderen Gewaltverhältnissen entscheidend von der überkommenen Fragestellung nach der Möglichkeit von "Grundrechts-

305) Vgl. hierzu Häberle S. 5.

306) Eine solche ganzheitliche Verfassungsauslegung ist auch durch das BVerfG praktiziert worden. Vgl. BVerfGE 4, 7 (15 f.); 7, 377 (402f.); 8, 274 (329).

307) Vgl. Hesse VVStrL 17 S. 32 "Die Verfassung gewährleistet sie beide, weil das Ganze mit dem Bestand und Leben beider Ordnungen zusammenhängt, weil beide sich gegenseitig bedingen".

308) So Häberle S. 12, wenn er sagt, zwischen den einzelnen Verfassungsrechtsgütern bestünden Verhältnisse wechselseitiger Bedingtheit.

309) Vgl. Hesse DÖV 1955 S. 746.

310) Vgl. Lerche in: Die Grundrechte Bd. 4 S. 449; "Grundrechtsgürtel und Statusentscheidung müssen einander zugeordnet werden".

einschränkungen". Nicht um eine Einschränkung der Grundrechte geht es, sondern allein um eine aus der Verfassung zu entnehmende, inhaltliche Begrenzung ihrer Effektivität ³¹¹⁾. Gegenstand der Betrachtung ist daher der Inhalt der Freiheitsrechte. Diese Erkenntnis ist nicht neu ³¹²⁾. Schwierig und umstritten bleibt jedoch, wie der Inhalt der Freiheitsrechte im besonderen Gewaltverhältnis in praxi festzustellen ist.

2. Die Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit

Als geeignete Kriterien zur Bestimmung des Maßes der Grundrechtsbegrenzung beim Untersuchungsgefangenen bieten sich die Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit an ³¹³⁾. Sie vermögen am ehesten der von der Verfassung geforderten Zuordnung beider Bereiche zu entsprechen ³¹⁴⁾.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besagt ³¹⁵⁾, daß der erstrebte Erfolg nicht außer jeglicher vernünftigen Relation zu der Schwere des Eingriffs stehen dürfe, Zweck und Mittel müssen sich angemessen verhalten.

Der Grundsatz der Erforderlichkeit ist anderer Art ³¹⁶⁾. Seine Anwendung kommt erst in Betracht,

311) Vgl. Lerche in: Die Grundrechte Bd. 4 S. 451; "Die Veränderung des Leitbildes vom Grundrechtsträger im Statusverhältnis bedingt eine Veränderung des Freiheitsbegriffes".

312) Vgl. Bachof, VVStrL 12 S. 61 und Köhl S. 94.

313) Diese Erkenntnis verdanke ich dem staatsrechtlichen Seminar von Herrn Prof. Dr. K. Hesse v. SS 1963, das sich mit der Problematik der besonderen Gewaltverhältnisse befaßte.

314) Auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in diesem Zusammenhang macht bereits Kohlrausch, JW 1925 S. 1442 aufmerksam.

315) Zur begrifflichen Klärung vgl. Lerche S. 19 und v. Krauss S. 14; vgl. hierzu auch Häberle S. 67 und Zippelius, DVBl. 1956 S. 354 f.

316) Lerche S. 19 weist mit Recht darauf hin, daß der Terminus "erforderlich" nicht richtig ist. Die richtige Ausdrucksweise wäre die, daß man von "gerade noch erforderlich" sprechen würde.

wenn eine grundsätzliche Abwägung zwischen Zweck und Mittel bereits stattgefunden hat. Das Prinzip der Erforderlichkeit ist formaler Natur und verlangt lediglich, daß unter mehreren Mitteln, die zur Erreichung des erstrebten Erfolges als geeignet erscheinen, dasjenige ausgewählt wird, das am wenigsten in die Rechte des Betroffenen eingreift.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist vor allem durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in seiner Bedeutung für die Einschränkung von Grundrechten zutreffend gewürdigt worden ³¹⁷⁾. Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus ³¹⁸⁾, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtlichen Rang habe. Er ergebe sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, sowie aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruches des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur soweit beschränkt werden dürften, als es zum Schutze öffentlicher Interessen unerlässlich sei. Jede Grundrechtsbeschränkung muß daher nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts diesem Grundsatz Rechnung tragen. Das Bundesverfassungsgericht hat diese seine Auffassung schon im Lüth-Urteil ³¹⁹⁾ dargelegt. Hier ging es um die Frage, inwieweit allgemeine Gesetze im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG dem Recht der freien Meinungsäußerung Schranken setzen können. Das Gericht ist der Auffassung, daß die gegenseitige Beziehung zwischen Grundrecht und allgemeinem Gesetz nicht als einseitige Beschränkung der Geltungskraft des Grundrechts durch die allgemeinen Gesetze aufzufassen sei. Es finde vielmehr

317) Vgl. Urteil vom 15.1.1958, Beschl. vom 25.1.1961 BVerfGE 12, 113 (124 f.), BVerfGE 7, 198 (208 f.); Beschl. v. 18.12.1962, BVerfGE 15, 223 (225); Beschl. v. 19.2.1963, BVerfGE 15, 288 (294 f.); Beschl. v. 10.6.1963, BVerfGE 16, 194 (202 f.); Beschl. v. 25.7.1963, BVerfGE 17, 108 (117); Beschl. v. 15.12.1965, BVerfGE 19, 342 (347 f.).

318) So im Beschl. vom 15.2.1965, BVerfGE 19, 342 (348).

319) Urt. vom 15.1.1958, BVerfGE 7, 198 (208 f. und 210).

eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, daß die allgemeinen Gesetze zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen, demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müßten. Das Recht der Meinungsfreiheit müsse daher zurücktreten, wenn schutzwürdige Interessen anderer von höherem Rang durch die Meinungsfreiheit verletzt würden. Diese zunächst nur auf Art. 5 bezogene Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht später auf alle Eingriffe in die Freiheitsrechte ausgedehnt. So führt es in einem Fall, in dem es um die Zulässigkeit einer Liquorentnahme gemäß § 81 a StPO ging, aus ³²⁰⁾: "Auch bei der Entscheidung über die Liquorentnahme hat der Richter demnach, wie bei allen staatlichen Eingriffen in die Freiheitssphäre, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Mittel und Zweck zu beachten." Erst neuerdings hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung, in der es um die Frage ging, ob eine Haftverschonung im Fall des § 112 Abs. 4 StPO zulässig sei, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erneut hervorgehoben und ihm ausdrücklich auf die Anordnung und den Vollzug der Untersuchungshaft angewendet ³²¹⁾.

Die Anwendung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit führt zur Vermeidung eines Fehlers, der der Lehre immer wieder nachgewiesen wurde. Die Realisierung dieses Grundsatzes enthält weder die Tendenz einer prinzipiellen Prävalenz verwaltungstechnischer Notwendigkeiten, wie sie in den besonderen Gewaltverhältnissen zu Tage treten, noch wird ohne Berücksichtigung der konkreten Situation den Grundrechten

320) Vgl. Beschl. vom 10.6.1963, BVerfGE 16, 194 (202).

321) Beschl. vom 15.12.1965, BVerfGE 19, 342 (347).

der Vorzug gegeben. Es werden vielmehr die Größe des Erfolgs und die Schwere des bevorstehenden Eingriffs in das rechte Verhältnis gebracht. Dies kann im Einzelfall einmal zu einer Präponderanz des Erfolgs, ein andermal zum Verbot des Eingriffs führen. Durch diese Möglichkeit jeweils divergierender Entscheidungen wird die Gefahr, daß einer der beiden Lebensbereiche in eine Abwehrstellung gezwungen wird, welche ihn daran hindert, die in ihm enthaltene Bedeutung für das staatliche Leben zu entfalten, weitgehend ausgeschaltet. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit führt zu einer gegenseitigen Respektierung der gegebenen Lebensnotwendigkeiten ³²²⁾. Es fördert damit eine Entwicklung, die auf eine wesensgemäße Zuordnung von Grundrechten und besonderen Gewaltverhältnissen hinausläuft.

Führt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im konkreten Fall zu einer Grundrechtsbegrenzung, so bewirkt das Prinzip der Erforderlichkeit, daß nicht ohne Notwendigkeit bis an die Grenze der Lebensmöglichkeit dieses Bereiches vorgestoßen wird. Der Eingriff ist vielmehr mit der geringstmöglichen Intensität durchzuführen. ³²³⁾

Die besonderen Sachgesetzmäßigkeiten des Instituts der Untersuchungshaft machen eine nähere Konkretisierung erforderlich ³²⁴⁾. Tritt ein Rechtsfall an den Richter heran, so entsteht die Frage, welchen Erfolg im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprin-

322) Es wird damit der von Hesse, VVStrL 17 S. 32 getroffenen Feststellung, daß die Grenze des einen Lebensbereiches jeweils dort liege, wo diese Grenze zur Bedingung der Möglichkeiten des anderen Lebensbereiches werde, gerecht.

323) Dagegen meint Kröger S. 168, die Bestimmung des Verhältnisses beider Lebensbereiche allein nach den Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit vermöge die maximale Wirksamkeit beider nicht hinreichend zu gewährleisten.

324) Sie verbieten auch einen Vergleich zwischen der Behandlung des Untersuchungshaftvollzuges und des Strafvollzuges. Vgl. Klee, GA 1908 S.260.

zips eine Maßnahme gegenüber dem Untersuchungsgefangenen generell verfolgen dürfe. Bei der Beantwortung dieser Frage ist auf die vom Gesetzgeber in § 119 Abs. 3 StPO getroffene Regelung zurückzugreifen. § 119 Abs. 3 StPO ist deklaratorischer Ausdruck des bei der Abwägung nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit zugrundelegenden, rechtlich legitimierten Erfolges ³²⁵⁾. Allein der Haftzweck und die Ordnung der Haftanstalt sind Gesichtspunkte, an denen sich eine den Untersuchungsgefangenen betreffende Maßnahme ausrichten darf.

Aus der Verschiedenheit der Haftzwecke ergibt sich zwingend das Gebot einer individuellen, auf den jeweiligen gesetzlichen Grund der Verhaftung abstellenden Behandlung des Untersuchungsgefangenen ³²⁶⁾. Einem Fluchtverdächtigen sind andersartige Beschränkungen aufzuerlegen, als etwa dem, der wegen Verdunkelungsgefahr inhaftiert ist ³²⁷⁾, oder dem, der im Hinblick auf die mögliche wiederholte Begehung eines Sittlichkeitsdeliktes in Haft genommen ist.

Diese Forderung nach einer differenzierenden Behandlung kann nicht nachdrücklich genug erhoben werden. Daß die Verwaltung wenig geneigt ist, ihr Folge zu leisten, zeigt bereits ein Blick in die UVollzO, wo sich kaum Anhaltspunkte für eine unterschiedliche Behandlung finden lassen ³²⁸⁾. Ohne Zweifel stellt der Kostengesichtspunkt ein gewichtiges Argument gegen die hier erhobene For-

325) Vgl. auch BVerfG, Beschl. vom 19.2.1963, BVerfGE 15, 288 ff.; vgl. auch OLG Hamburg, Beschl. vom 19.4.1962, NJW 1962 S. 1633.

326) Diese Forderung ist in der Lehre immer weiter erhoben worden. Vgl. Dallinger, MDR 1951 S. 121; Rosenberg, ZStW 26, 387; Kleinknecht, JZ 1953 S. 532; Mamroth, DJZ 1925 Sp. 859; vgl. auch Klee, GA 1808 S. 260. Gegen eine differenzierende Betrachtung Feisenberger bei Aschrott S. 265.

327) Rosenberg, ZStW 26, S. 387 bezeichnet die Gleichbehandlung von Flucht und Kollusionsverdächtigen als Kardinalfehler aller Gefängnisordnungen.

328) Lediglich die besondere Flucht- und Verdunkelungsgefahr, also Umstände, die eine verschärfte Behandlung des Untersuchungsgefangenen mit sich bringen, werden berücksichtigt. Vgl. Nr. 60, 62, 63 UVollzO.

derung ³²⁹⁾ dar. Eine individuelle Behandlung iunrt - sei es infolge einer Steigerung des Personalbedarfs, sei es infolge der Notwendigkeit baulicher Veränderungen - zu einer wesentlichen Erhöhung der Verwaltungskosten. Der Staat, der dem Untersuchungsgefangenen die persönliche Freiheit zugunsten öffentlicher Interessen entzogen hat, darf jedoch keine sich in vernünftigen Grenzen bewegende ³³⁰⁾, finanzielle Aufwendung scheuen, um die Lage des Untersuchungsgefangenen zu erleichtern.

Verlangt die Verschiedenheit der Haftgründe eine individuelle Behandlung jedes einzelnen Untersuchungsgefangenen ³³¹⁾, so ist die Ordnung der Haftanstalt ein auf alle in gleicher Weise zutreffender Gesichtspunkt, der zu einer Begrenzung des Rechtskreises der Häftlinge führen kann. Das Vorhandensein einer Gemeinschaftsordnung ist ein Essentiale der Untersuchungshaft. Ihre Realisierung muß auch auf Kosten der Rechte der Betroffenen möglich sein.

Gerade die Ordnung der Anstalt ist jedoch die Hintertür, durch die die Verwaltung immer wieder versucht, traditionelle Behandlungsmethoden gegenüber den Untersuchungsgefangenen zu bewahren ³³²⁾. Hier entschieden einzugreifen, ist Aufgabe der Rechtsprechung. Wie sehr jedoch die Rechtsprechung auf diesem Gebiete versagt, mögen einige Beispiele zeigen. Sei es, daß man dem Untersuchungshäftling das Tra-

329) Vgl. hierzu Baumann, DRiZ 1959 S. 379; vgl. auch BVerfG Beschl. vom 19.2.1963, BVerfGE 15, 288 ff.

330) Vgl. hierzu Löwe-Rosenberg Anm. I 1 zu § 116.

331) Keinesfalls darf aber generell, wie das preussische Justizministerialreskript vom 13.12.1902 J.Nr. I 9048 fordert, auf die Art der dem Verhafteten vorgeworfenen Straftat abgestellt werden. Darin läge eine teilweise Antizipation des Strafurteils. Vgl. Klee, GA 1908 S. 260. Die Beachtung dieses Gesichtspunktes muß auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben.

332) Vgl. Klee, GA 1908 S. 259; nach seiner Auffassung wird alles, was dem Untersuchungsgefangenen von der einen Hand gegeben werde, ihm im Interesse der Aufrechterhaltung der Ordnung von der anderen Hand wieder genommen.

gen seiner Armbanduhr verbietet ³³³⁾, oder sei es, daß die Benutzung einer Schreibmaschine untersagt wird ³³⁴⁾, immer ist es ein Hinweis auf die Anstaltsordnung, mit dem diese Maßnahmen begründet werden. Übertrieben kleinlich ist die Entscheidung des OLG Oldenburg ³³⁵⁾, in der im Anschluß an die Feststellung, daß die Zusendung von solchen Gegenständen an den Untersuchungsgefangenen verboten sei, die er zum Ausbruch oder zu anderen, mit den Sicherungszwecken der Haft nicht zu vereinbarenden Vorhaben verwerten könne, ausgeführt wird: "Dazu müssen grundsätzlich auch Schreibminen für Kugelschreiber gerechnet werden, weil in ihrer Hülse kleine Gegenstände und Flüssigkeiten verborgen sein könnten, deren Besitz den Gefangenen im Interesse des Haftzweckes nicht gestattet werden kann". Weiterhin sei auf einen Beschluß des OLG Neustadt ³³⁶⁾ hingewiesen, in dem die Beschwerde eines Untersuchungsgefangenen dagegen, daß aus seiner Tageszeitung Berichte über Gerichtsverhandlungen herausgeschnitten waren, zurückgewiesen wurde, weil die Ordnung im Gefängnis durch Besprechung dieser Berichte gefährdet werde ³³⁷⁾. Sie fördere die Neigung zu krimineller Tätigkeit. Man fragt sich, welchen positiven Einfluß eigentlich die Strafgerichtsbarkeit auf den Verbrecher haben soll, wenn wahrheitsgemäße Berichte über ihr Wirken die kriminellen Neigungen nicht zu-

333) Vgl. hiergegen OLG Schlesw.Holstein Beschl. vom 22.7.1953, Schl.H.A.1953 S. 248. Die Strafkammer hatte eine Beschwerde des Gefangenen abgelehnt. Obwohl er vorgegeben hatte, daß er unter dem Mangel jeglicher Zeitkontrolle schwer leide, hielt es eine solche Kontrolle aus psychologischen Gründen für nicht wünschenswert.

334) So Beschl. d.K.G. v. 15.8.1958, JR 1958 S. 470; vgl. auch OLG Köln Beschl. v. 16.6.1953, MDR 1953 S. 570. Für Zulassung einer Schreibmaschine OLG Schl.H.Beschl. v. 21.3.1958, Schl.H.A. 1958 S. 236.

335) Beschl. des OLG Oldenburg v. 7.8.1963, NJW 1964 S. 215.

336) OLG Neustadt Beschl. v. 12.9.1952, NJW 1952 S.1309.

337) Vgl. in diesem Zusammenhang auch den von Mamroth, DJZ 1925 Sp. 860 als Kuriosum erwähnten Fall, in dem ein Richter aus Gründen der Anstaltsdisziplin die Zulassung des Boccacio als Lektüre ablehnte.

rückdrängen, sondern fördern³³⁸⁾.

Die in der Praxis herrschenden Mißstände und ihre Sanktionierung durch die Rechtsprechung müssen bedenklich stimmen. Jedoch darf die Kritik nicht über das Ziel hinausschießen. Einerseits muß die Verwaltung daran gehindert werden, jede beliebige, ihr opportun erscheinende Begrenzung der Rechte des Untersuchungsgefangenen unter Hinweis auf die Ordnung im Gefängnis durchzusetzen; andererseits dürfen die tatsächlichen, in den Untersuchungshaftanstalten herrschenden Verhältnisse nicht außer Acht gelassen werden. Sicherlich gilt der Untersuchungsgefangene von Rechts wegen als unschuldig. Das sollte aber keinesfalls den Blick dafür trüben, daß sich in den Untersuchungshaftanstalten tatsächlich viele Verbrecher befinden, die keine Gelegenheit ungenutzt lassen, um den Betrieb der Haftanstalt zu stören und das Personal harten Belastungsproben auszusetzen³³⁹⁾. Hier den rechten Mittelweg zu finden, wird eine der wichtigsten Aufgaben des letzten Teils dieser Arbeit sein.

Als Ergebnis ist festzuhalten:

Die Grundrechte des Untersuchungsgefangenen werden nach Maßgabe der Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit inhaltlich modifiziert. Mit Hilfe dieser Prinzipien sind Grundrechte und Haftzweck oder Ordnungserfordernisse in ein angemessenes Verhältnis zu setzen.

338) Vgl. die zutreffende Anmerkung Schmidt-Leichners.

339) Diese tatsächlichen Verhältnisse dürfen aber keinesfalls dazu führen, eher die Rechte der Mitgefangenen einzuschränken, als die Störer zur Raison zu bringen; a.A. anscheinend Grunau, DRiZ 1960 S. 396 f.

E. Einzelne Rechte des Untersuchungsgefangenen

I. Die Freizügigkeit

Notwendige Folge der Durchführung des Untersuchungshaftvollzuges ist eine inhaltliche Begrenzung des Grundrechts der Freizügigkeit. Bedeutet Freizügigkeit die Möglichkeit, ungehindert durch die deutsche Staatsgewalt an jedem Ort innerhalb des Bundesgebietes Aufenthalt zu nehmen ³⁴⁰⁾, so ist ohne weitere Ausführung klar, daß dem Untersuchungsgefangenen dieses Recht nicht in vollem Umfang zustehen kann. Der Haftzweck erfordert eine Unterbringung des Betroffenen in einer Haftanstalt. Darüber hinaus läßt es die Ordnung der Haftanstalt nicht zu, daß sich der Gefangene frei im Gefängnisbereich bewegen kann. Damit ist aber das Recht auf Freizügigkeit eingeschränkt.

II. Besondere aus dem Untersuchungshaftvollzug folgende Begrenzungen der räumlichen Bewegungsfreiheit

1. Gemeinschaftshaft und Einzelhaft

Für die persönliche Entwicklung des Untersuchungsgefangenen kann es von großer Bedeutung sein, mit welchen Menschen er im Verlauf der Haft zusammenkommt ³⁴¹⁾. Er befindet sich durch den Wegfall aller sonstigen Verbindungen in einer seelischen Zwangssituation, die ihn bereitwillig nach neuen Kontakten suchen läßt. Eine Zusammenlegung des als unschuldig geltenden Untersuchungsgefangenen mit Strafgefangenen muß mit Rücksicht auf seine Ehre vermieden werden ³⁴²⁾. Diesem Interesse des Verhafteten dient das in § 119 Abs. 1 StPO niedergelegte Trennungsprinzip ³⁴³⁾. Wenn Feisenberger ³⁴⁴⁾ die Ansicht vertritt, daß es namentlich in kleineren Gefängnissen oft für den Unter-

340) Vgl. BVerfGE 2, 266 Leitsatz 1.

341) Vgl. Ohm vor allem S. 23 ff; vgl. auch Marx S.457.

342) Vgl. Marx S. 457.

343) Vgl. hierzu Löwe-Rosenberg Anm. II 2 zu § 116 StPO.

344) Feisenberger S. 263 f.

suchungsgefangenen vorteilhafter sei, mit Strafgefangenen zusammengelegt zu werden, weil in solchen Gefängnissen in der Regel nur kleinere Übeltäter verwahrt würden, während sich unter den Untersuchungsgefangenen kriminelle Elemente befinden könnten, so übersieht er einerseits, daß auf dem Strafgefangenen das Makel gerichtlicher Verurteilung lastet, andererseits, daß auch bei der Zusammenlegung von Untersuchungsgefangenen auf die jeweilige Verschiedenheit der Persönlichkeiten Rücksicht genommen werden muß.

Eine getrennte Verwahrung liegt nicht nur im Interesse der Untersuchungsgefangenen, sie ist auch im Hinblick auf die Gewährleistung der Anstaltsordnung geboten. Eine Zusammenlegung der mit vielen Freiheiten ausgestatteten Untersuchungsgefangenen mit Strafgefangenen kann sehr leicht zur Unruhe im Gefängnis führen³⁴⁵⁾. Aus diesem Grunde ist entgegen Nr. 22 Abs. 1 UVollzO eine Außerachtlassung des Trennungsprinzips auch mit Einwilligung des Untersuchungsgefangenen nicht möglich.

Das Trennungsprinzip läßt sich letztlich, wie Klee³⁴⁶⁾ richtig erkannt hat, nur dann durchführen, wenn Untersuchungsgefangene und Stragefangene in verschiedenen Anstalten untergebracht werden. Hiervon geht auch die UVollzO als Grundsatz aus³⁴⁷⁾. Die vollständige Verwirklichung dieses Grundsatzes scheitert an der in den Gefängnissen herrschenden Raumnot. Diesen Verhältnissen der Praxis hat Art. 14 StPAG Rechnung getragen, der § 119 Abs. 1 StPO für 5 Jahre vom Inkrafttreten des Gesetzes außer Kraft setzt.

§ 119 Abs. 2 StPO normiert den Grundsatz, daß der Untersuchungsgefangene in einer Einzelzelle unterzubringen sei³⁴⁸⁾. Diese Vorschrift liegt durchaus im

345) Vgl. Klee, GA 1908 S. 261 f.

346) Klee, GA 1908 S. 260 f. Er fordert zudem, daß die Unterscheidung beider Anstaltstypen durch eine verschiedene Bezeichnung verdeutlicht werde.

347) Vgl. Nr. 11 Abs. 1 UVollzO.

348) Diesem Grundsatz entnimmt das OLG Hamburg, Beschl. v. 13.6.1963, NJW 1963 S. 1840 das dem Untersuchungsgefangenen während des Spazierganges auferlegte Sprechverbot.

Interesse des Beschuldigten ³⁴⁹⁾. Zunächst entgeht er damit der Gefahr, zusammen mit Kriminellen in eine Zelle gesperrt zu werden. Zum anderen folgt aus den Gegebenheiten der Einzelhaft, daß dort in größerem Umfang eine individuelle Behandlung gewährt werden kann.

Das Prinzip der Einzelhaft läßt sich bei der augenblicklich herrschenden Raumnot nicht lückenlos durchführen. Mit Rücksicht hierauf hat Art. 14 StPÄG die Geltung dieses Grundsatzes auf 8 Jahre von dem Inkrafttreten des Gesetzes an ausgesetzt. Solange infolgedessen die Notwendigkeit einer Zusammenlegung mehrerer Häftlinge besteht, muß entsprechend Nr. 23 Abs. 2 UVollzO bei der Belegung von Gemeinschaftszellen auf die Persönlichkeit, das Vorleben und die Tat ³⁵⁰⁾, derer die Untersuchungshäftlinge beschuldigt werden, Rücksicht genommen werden. Ein solches Vorgehen ist in Hinblick darauf, welch' qualvolle seelische Situation etwa für einen sensiblen Menschen dadurch entstehen kann, daß er mit einem einer Gewalttat verdächtigen Untersuchungsgefangenen zusammengelegt wird, berechtigt ³⁵¹⁾.

Da der Grundsatz der Einzelhaft vorwiegend dem Interesse des Untersuchungsgefangenen dient, ist diesem mit Klee ³⁵²⁾ ein Anspruch auf Verlegung in Gemeinschaftshaft zuzugestehen. Eine einem solchen Verlangen zuwiderlaufende Entscheidung kann der Richter nur dann treffen, wenn er Haftzweck oder Anstaltsordnung als gefährdet ansieht ³⁵³⁾.

349) Dagegen meint Marx S. 457, sie werde überwiegend als Erschwerung der Haft empfunden. Die Einzelzelle sei der Nährboden, auf dem selbstmörderische Ideen heranreifen.

350) Löwe-Rosenberg Anm. II 4 zu § 116 StPO will zwischen Gestrauchelten und Kriminellen unterscheiden.

351) Falsch wäre es, mit Klee, GA 1908 S. 260 hierin eine unzulässige "Antizipation" des Strafurteils zu erblicken.

352) Klee, GA 1908 S. 262.

353) Vgl. den Beschl. des OLG Hamburg v. 13.6.1963, NJW 1963 S. 1840.

2. Die Fesselung des Untersuchungsgefangenen

Die Fesselung ³⁵⁴⁾ ist die intensivste und diskriminierendste Form der Freiheitsbeschränkung. Aus diesem Grunde sollte sie nur in äußerst engen Grenzen angeordnet werden. Eine unabdingbare Voraussetzung ist zunächst, daß die Verwaltung alles getan hat, um die Fesselung durch andere Sicherheitsvorkehrungen zu ersetzen ³⁵⁵⁾. Niemals kann diese Maßnahme allein mit dem Hinweis auf den Mangel an Überwachungspersonal oder das Fehlen geeigneter Transportmittel gerechtfertigt werden. Andererseits ist jedoch auf die bauliche Beschaffenheit unserer Anstalten Rücksicht zu nehmen.

Die Fesselung ist nur dann rechtmäßig, wenn sie erforderlich ist, um den Haftzweck oder Ordnung und Sicherheit der Haftanstalt zu gewährleisten. Darüber hinaus setzt § 119 Abs. 5 StPO dieser Möglichkeit noch engere Grenzen.

Die Fesselung für den Fall der Fluchtgefahr regelt § 119 Abs. 5 Nr. 2 StPO. Er verlangt das Vorliegen konkreter Umstände, die auf eine bestehende Fluchtgefahr hinweisen. In Übereinstimmung mit Nr. 64 Abs. 1 UVollzO ist zu fordern, daß der Betroffene bereits einen Fluchtversuch gemacht oder Vorbereitungen hierzu getroffen hat. Keinesfalls darf allein aus der Höhe der zu erwartenden Strafe auf besondere Fluchtgefahr geschlossen werden. Eine Fesselung wegen Fluchtgefahr ist solange kaum erforderlich, als der Untersuchungsgefangene sich in der Haftanstalt befindet. Während des gemeinsamen Spazierganges muß eine verschärfte Überwachung als genügend angesehen werden, in der übrigen Zeit ist der Unterbringung in einer ausbruchssicheren Zelle der Vorzug zu geben.

354) Vgl. hierzu Klee, GA 1908 S. 269; Marx S. 460; Bätzgen S. 53 f.; Günther S. 62.

355) Vgl. Baumann, DRiZ 1959 S. 380; vgl. auch Löwenstein bei Aschrott S. 282 f.

Damit bleibt in der Regel allein während eines etwa erforderlichen Transportes ³⁵⁶⁾ die Fesselung möglich. Jedoch ist auch hier die Benutzung ausbruchssicherer Transportfahrzeuge zu verlangen. Die Fesselung ist zulässig auf dem Wege vom Gefängnis in das Transportfahrzeug und weiterhin vom Fahrzeug an den Bestimmungsort. Während der Fahrt muß eine strenge Aufsicht als ausreichend angesehen werden ³⁵⁷⁾.

Gemäß § 119 Abs. 5 Nr. 1 StPO kann eine Fesselung auch dann angeordnet werden, wenn die Gefahr besteht, daß der Untersuchungsgefangene Vollzugsbedienstete oder Dritte angreift. Hier wird auch eine Fesselung in der Zelle für rechtmäßig anzusehen sein, da ein Angriff auf den Vollzugsbeamten bereits bei dessen Eintritt in den Haftraum durchgeführt werden kann.

Gemäß § 119 Abs. 5 Nr. 3 StPO kann auch Selbstmordgefahr zur Fesselung führen. Diese Vorschrift begegnet in der Literatur teilweise Kritik ³⁵⁸⁾. So wird behauptet, in ihr finde der abzulehnende Gedanke einer Durchführung des staatlichen ius puniendi um jeden Preis Ausdruck. Klee ³⁵⁹⁾ fühlt sich durch diese Regelung an die in früheren Zeiten übliche, bis zum Äußersten gehende Verfolgung des ius puniendi erinnert. Gewichtiger erscheint der Hinweis, daß der Staat auch gegenüber einem in Freiheit befindlichen Selbstmordverdächtigen keinesfalls das Recht beanspruche, ihn deshalb einer besonderen Freiheitsbeschränkung zu unterwerfen. Dieser Vergleich ist jedoch nicht zwin-

356) Vgl. hierzu Löwenstein bei Aschrott S. 282 f.

357) Ein Beispiel für eine gute Würdigung des Einzelfalles gibt das OLG Bremen, das in einem Beschluß vom 6.7.1959, NJW 1959 S. 1982 f. die Fesselung eines Untersuchungsgefangenen für möglich hält, wenn die Notwendigkeit besteht, ihn zu Fuß durch eine belebte Großstadtstraße zu führen oder wenn das Aussteigen aus dem Transportwagen nicht in einem absperrbaren Hof, sondern nur in einer verkehrsreichen Straße erfolgen kann.

358) Vgl. die bei Baetzgen S. 54 angegebene Literatur.

359) Klee, GA 1908 S. 269.

gend. Die Fesselung bei Selbstmordgefahr rechtfertigt sich nicht aus dem Gedanken der Gefährdung des konkreten Haftgrundes ³⁶⁰⁾. Die Erhaltung der Haftfähigkeit gehört nicht zum Zweck der Untersuchungshaft. Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß der Untersuchungsgefangene während der Inhaftierung der Fürsorgepflicht des Staates anheimgegeben ist ³⁶¹⁾. Dem Staat kann nicht zugemutet werden, daß er einer sittenwidrigen Selbstschädigung tatenlos zusieht. Damit ist die Fesselung des Selbstmordverdächtigen grundsätzlich zulässig ³⁶²⁾, wenn auch selten ein Fall vorkommen wird, in dem diese Gefahr nicht mit milderer Mitteln zu beseitigen ist ³⁶³⁾.

Nach der Vorschrift des § 119 Abs. 5 StPO soll in Betracht der Würde des Gerichts während der Hauptverhandlung von einer Fesselung Abstand genommen werden ³⁶⁴⁾.

III. Die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit des Untersuchungsgefangenen

Art. 4 GG gewährleistet die Glaubens- und Gewissensfreiheit. Damit ist das Recht eines jeden Einzelnen geschützt, sich eine Religion oder Weltanschauung nach freiem Willen zu wählen und die von ihm gewählte Religion frei auszuüben. Der Untersuchungsgefangene befindet sich in einer Situation, in der er mehr denn je Rat und Trost bei seiner Religion sucht ³⁶⁵⁾. Deshalb sollten ihm soweit als eben möglich die Voraussetzungen zu einer Realisierung der Kultusfreiheit gewährt werden.

360) So aber Günther S. 62.

361) Vgl. Baetzgen S. 54.

362) Anderer Ansicht Klee, GA 1908 S. 281.

363) Nach Glaubrecht, ZfStrVO 1961 S. 250 stellt allein die Fesselung eine wirksame Abwehr der Selbstmordgefahr dar.

364) Vgl. zum Zweck dieser Vorschrift Baetzgen S. 53. Über eine Ausnahme bei bes. starker Fluchtgefahr entscheidet der Vorsitzende im Rahmen der Verhandlungsleitung. Vgl. Schwarz-Kleinknecht Anm. 6 zu § 119 StPO.

365) So Klatt S. 108. Vgl. auch die dort angegebene weitere Literatur.

1. Die Möglichkeit der Teilnahme am gemeinsamen Gottesdienst

Dem Staat erwächst aus seiner Fürsorgepflicht die Aufgabe, für eine regelmäßige Abhaltung von Gottesdiensten in den Haftanstalten Sorge zu tragen ³⁶⁶⁾. Die Beteiligung ³⁶⁷⁾ an diesen gemeinsamen Gottesdiensten ist entsprechend Nr. 47 Abs. 1 UVollzO zu gestatten ³⁶⁸⁾, ohne daß - wie die UVollzO es vorsieht - eine Beschränkung auf den Besuch von Gottesdiensten des jetzigen oder eines früheren Bekenntnisses möglich wäre. Lediglich eine Gefährdung des konkreten Haftzweckes oder der Anstaltsordnung lassen einen Ausschluß vom Gottesdienst zu ³⁶⁹⁾. Gerade für den kollusionsverdächtigen Untersuchungsgefangenen besteht sehr leicht die Möglichkeit, während des Gottesdienstes unerlaubte Kontakte zu Mitgefangenen aufzunehmen. Dem kann selbst durch eine noch so sorgfältige Beaufsichtigung nicht wirksam entgegnet werden. Man denke etwa an die Weitergabe von Kassibern oder das Zuflüstern von Mitteilungen während des Kirchengesanges. Diese Gefahr entfällt in solchen Haftanstalten, in denen das Prinzip der Einzelhaft auch während des Gottesdienstes gewahrt bleibt ³⁷⁰⁾.

Der Gesichtspunkt der Ordnung der Haftanstalt gestattet einen Ausschluß vom gemeinsamen Gottesdienst dann, wenn die Gefahr besteht, der Untersuchungsgefangene werde den Gottesdienst stören ³⁷¹⁾.

366) Vgl. Klatt S. 108.

367) Sie ist nach Klatt S. 111 sehr rege.

368) Ein Kirchzwang, wie er früher für Strafgefangene bestand, ist nicht zulässig. Vgl. Art. 136 IV WRV mit 140 GG.

369) Die Verhängung von Arrest rechtfertigt den Ausschluß vom Gottesdienst nicht. Vgl. hierzu OLG Bremen Beschl. v. 3.5.1963 (VAs 21/62) in ZfStrVO 1964 S. 47. Anderer Ansicht aber Grunau, ZfStrVO 1964 S. 49.

370) Vgl. hierzu Klee, GA 1908 S. 269.

371) So das OLG Bremen Beschl. v. 3.5.1963 (VAs 21/62) in ZfStrVO 1964 S. 47.

2. Die Einzelseelsorge

Mit der Möglichkeit der Teilnahme an gemeinsamen religiösen Veranstaltungen ist der Pflicht des Staates, eine hinreichende Ausübung der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit zu gewährleisten, noch nicht Genüge getan.

Der Untersuchungsgefangene wird häufig den Wunsch haben, seine Probleme und Sorgen allein mit dem Seelsorger zu besprechen. In diesen Gesprächen liegt der Schwerpunkt der seelsorgerischen Betreuung der Untersuchungsgefangenen³⁷²⁾. Nr. 48 Abs. 1 UVollzO gibt diesen Bedürfnissen Raum. Die Regelung, der geistliche Zuspruch dürfe nur von einem Geistlichen des jetzigen oder früheren Bekenntnisses erfolgen, ist indes unzulässig. Nach Nr. 48 Abs. 2 UVollzO dürfen die Anstaltsgeistlichen den Untersuchungsgefangenen ohne Erlaubnis aufsuchen. Wünscht der Untersuchungsgefangene jedoch den Zuspruch eines anderen Geistlichen, so muß der Richter dies ermöglichen. Da ein solches Gespräch durch die Anwesenheit einer Überwachungsperson an Bedeutung verliert, ist eine Kontrolle nur dann anzuordnen, wenn besondere Gründe eine Gefährdung des Haftzweckes naheliegend erscheinen lassen. Abgesehen hiervon muß einem römisch-katholischen Untersuchungsgefangenen die Möglichkeit gegeben werden, ohne Anwesenheit dritter Personen zu beichten. Man wird allerdings dem Richter bei Vorliegen besonderer Gründe das Recht zubilligen müssen, auf der Abnahme der Beichte durch den Gefängnisgeistlichen zu bestehen.

IV. Das Recht der Meinungs- und Informationsfreiheit

1. Die Freiheit der Meinungsäußerung

Art. 5 Abs. 1 GG garantiert das Recht eines jeden, "seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten". Es ist hier nicht der Ort,

372) Vgl. zur Einzelseelsorge Klatt S. 106 ff.

auf den Inhalt dieses Grundrechts im einzelnen einzugehen ³⁷³⁾. Kurzer Hervorhebung bedarf aber die Bedeutung dieses Grundrechts.

Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung hat für den demokratischen Staat lebenswichtige Aufgaben, die Meinungsbildung der verschiedenen Gruppen zu fördern." Für eine freiheitliche demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige, geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist" ³⁷⁴⁾.

Daneben hat die Meinungsfreiheit einen eminenten persönlichkeitsbildenden Wert. Sie bietet der Persönlichkeit die Gelegenheit, sich durch die Überzeugungskraft der eigenen Idee durchzusetzen. Diese dem Art. 5 GG innewohnende Bedeutung macht klar, daß nicht allein der Vorgang der Entäußerung der individuellen Meinung, sondern darüber hinaus auch der Empfang der geäußerten Meinung beim Adressaten geschützt ist ³⁷⁵⁾. Der rechtliche Schutz einer ins Leere geäußerten Meinung wäre wenig sinnvoll. Unter Meinung soll dabei hier die Wiedergabe eines rationalen Denkvorganges, d.h. eine durch eigene geistige Vorgänge gewonnene Überzeugung verstanden werden. Dabei erscheint es selbstverständlich, daß durch Art. 5 Abs. 1 GG nicht solche Meinungsäußerungen geschützt werden, die unwahre Tatsachenbehauptungen enthalten oder solche, die den Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllen. Es kann niemals Sinn der Grundrechte sein, die Lüge zu schützen und strafbare Handlungen zuzulassen.

a) Die Freiheit der Meinungsäußerung innerhalb der Untersuchungshaftanstalt

Über die Effektivität des Grundrechts der freien Meinungsäußerung im Untersuchungsverhältnis

373) Vgl. dazu Ridder in: Die Grundrechte Bd. 2 S. 243 ff.

374) So Urteil des BVerfG v. 15.1.1958, BVerfGE 7, 198 (208)

375) So Ridder in: Die Grundrechte Bd. 2 S. 249.

führt das Bundesverfassungsgericht ³⁷⁶⁾ aus: "Bei der großen Bedeutung des Grundrechts aus Art. 5 GG ist dessen Berücksichtigung im Rahmen des Möglichen geboten. Die Untersuchungshaft schafft kein dieses Grundrecht umfassend verdrängendes besonderes Gewaltverhältnis. Deshalb können Gesichtspunkte, die sich aus der Art des Vollzuges der Untersuchungshaft ergeben, also primär verwaltungstechnischen Charakter haben, zur Einschränkung des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG nur insoweit führen, als dies unerlässlich ist". Dem ist beizupflichten. Eine Begrenzung der Effektivität des Grundrechts der Meinungsfreiheit ist nur rechtmäßig, wenn sie die unausbleibliche Folge einer Maßnahme ist, die der Haftzweck oder die Ordnung im Gefängnis dringend erforderlich machen ³⁷⁷⁾. So rechtfertigt sich etwa das Sprechverbot in der Freistunde daraus, daß anderenfalls Kollusions- und Fluchtgefahr erhöht würden. Dasselbe gilt dann, wenn strenge Einzelhaft angeordnet wird. Auch hier wird die Möglichkeit der Ausübung der Meinungsfreiheit als sekundäre Folge der angeordneten Maßnahme entzogen. Dagegen lassen weder der Zweck der Haft noch die Ordnung der Anstalt eine Maßnahme zu, die primär auf eine inhaltliche Modifizierung des Grundrechts der Freiheit der Meinungsäußerung hinausläuft.

b) Die Beförderung von Briefen strafbaren Inhalts

In jüngster Zeit ist häufig darüber diskutiert worden, ob der Richter die Beförderung von Briefen des Untersuchungsgefangenen, die einen strafbaren Inhalt haben, verweigern dürfe, oder ob dem Art. 5 Abs. 1

376) Beschl. d. BVerfG v. 19.2.1963, BVerfGE 15, 188 (295) unter Hinweis auf BVerfGE 7, 198 (208).

377) Vgl. auch Röhl, JZ 1954 S. 65.

GG entgegenstehe. Als solche Briefe kommen etwa Mitteilungen in Betracht, die eine Beleidigung, einen Betrugs- oder einen Erpressungsversuch darstellen. In der Praxis handelt es sich überwiegend um beleidigende Briefe.

Bei der Beurteilung des Einbehaltungsrechts des Richters stehen sich zwei Auffassungen gegenüber. Übereinstimmung besteht darüber, daß dem Untersuchungsgefangenen in dem Zeitraum kurz nach seiner Verhaftung mit Nachsicht zu begegnen ist ³⁷⁸⁾. Der Untersuchungsgefangene hat besonders in dieser Zeit das Bedürfnis, dem aufgestauten Unmut über das Eindringen der Strafverfolgungsbehörde in seine private Sphäre auf jede erdenkliche Weise Luft zu machen. Er greift daher in seinen Briefen zu wenig schmeichelhaften Ausdrücken, mit denen er seiner Kritik am Haftrichter, am Staatsanwalt und an den Vollzugsbeamten Ausdruck verleiht. Solche Briefe wird ein verständnisvoller Richter durchgehen lassen. Weder das Recht noch die Justizverwaltung erleiden hierdurch einen Schaden; im Gegenteil, die Rücksichtnahme auf die beim Häftling eingetretene Schockwirkung wird als Ausdruck menschlicher Gesinnung allgemeine Anerkennung finden ³⁷⁹⁾. Ist die anfängliche Schockwirkung dagegen abgeklungen, so muß man sich entscheiden.

Die UVollzO vertritt in Nr. 34 Abs. 1 Nr. 3 die Auffassung, daß ein Brief strafbaren Inhalts zurückgehalten werden könne. Dem widerspricht das OLG Bremen ³⁸⁰⁾. Es verneint bei Briefen, in denen ein

-
- 378) Vgl. Engelbrechten, DRiZ 1959 S. 239. Er will nur solche Briefe zurückhalten, die von einer "ausgesprochen üblen Gesinnung" zeugen. Damit verläßt er den Bereich klar erkennbarer Fakten. Vgl. auch Kleinknecht, JZ 1953 S. 534 und Beschl. d. OLG Köln v. 16.6.1953, MDR 1953, S. 570.
- 379) Vgl. auch Dallinger Anm. z. Beschl. d. OLG Bremen v. 25.11.1950, MDR 1951 S. 122.
- 380) OLG Bremen, Beschl. v. 25.11.1950, MDR 1951 S. 120 f. Hiergegen OLG Köln, Beschl. v. 16.6.1953, MDR 1953 S. 570.

Untersuchungsgefangener einem Zeugen Meineid sowie Justizbeamten die Nichtverfolgung dieses Meineides vorwirft, das Recht des kontrollierenden Richters, diese Briefe zurückzuhalten. Keine für die Beschränkung des Untersuchungsgefangenen maßgebende Voraussetzung sei hier gegeben. Insbesondere sei nicht zu ersehen, wie die Anstaltsordnung durch den Inhalt dieser Briefe hätte beeinträchtigt werden können. Ähnlich argumentiert Baumann ³⁸¹⁾. Man könne zwar bei Beleidigungen ein Strafverfahren gegen den Untersuchungsgefangenen einleiten, eine Sperre für derartige Briefe sei jedoch gesetzlich nicht möglich. Baumann versteigt sich schließlich zu der Behauptung, daß ebenso wie der nichtinhaftierte Beschuldigte die Freiheit habe, Briefe beleidigenden Inhalts zu schreiben, auch dem Untersuchungsgefangenen die Freiheit gewährt werden müsse, sich durch das Absenden beleidigender Briefe strafbar zu machen ³⁸²⁾. Damit befindet er sich in Übereinstimmung mit Arndt ³⁸³⁾, der ausführt, es gehe den Richter nichts an, wen immer der Gefangene zu beleidigen wünsche. Daß in einer Haftanstalt Ordnung herrschen solle, sei kein Anlaß zur Zensur darüber, an wen und mit welcher Klage sich der Häftling in seiner Bedrängnis wenden dürfe.

Dieser Standpunkt wird in Rechtsprechung und Lehre überwiegend abgelehnt ³⁸⁴⁾. Jedoch gehen die vortragenen Argumente am Kern des Problems vorbei. Zunächst wird behauptet, die Beförderung beleidigender Briefe bedeute eine mittelbare Gefährdung der Anstaltsordnung ³⁸⁵⁾. Die Erlaubnis zur Beförderung solcher Briefe könne nämlich als Sanktionierung ihres Inhalts empfunden werden und dadurch

381) Baumann, DRiZ 1959 S. 380. Gegen ihn ausdrücklich Grunau, DRiZ 1960 S. 396.

382) Baumann selbst bezeichnet diese Feststellung als überspitzt.

383) Arndt, NJW 1964 S. 855.

384) Vgl. Engelbrechten, DRiZ 1959 S. 239; Dallinger, MDR 1951 S. 122; Kleinknecht, JZ 1953, S. 533; Wagner, JW 1928 S. 2962 f.; Grunau, DRiZ 1960 S. 396; Beschl. d. OLG Köln v. 16.6.1953, MDR 1953 S. 570.

385) Engelbrechten, DRiZ 1959 S. 239 will unter diesem Aspekt auch alle Briefe mit obszönem Inhalt

störende Rückwirkungen auf die Ordnung der Haftanstalt haben. Worin diese Rückwirkungen bestehen sollen, bleibt auch bei sorgfältigem Nachdenken unerfindlich. Auch die Bemerkung Dallingers³⁸⁶⁾, der Begriff der Anstaltsordnung dürfe keinesfalls so eng ausgelegt werden, daß etwa strafbare Handlungen nicht darunter fielen, bedürfte erst noch eines Beweises. Die Ordnung der Haftanstalt ist nicht an moralischen Prinzipien, sondern vornehmlich an formalen Ordnungsgesichtspunkten orientiert. Um ein anderes Argument der h.L. steht es nicht besser. Es wird vorgetragen, man dürfe dem Richter niemals aus falsch verstandenen Prinzipien des Rechtsstaates heraus zumuten, daß er die Beförderung beleidigender oder sonst strafbarer Briefe gestatte³⁸⁷⁾. Der Richter sei vielmehr als Organ der Strafrechtspflege zur Vermeidung strafbarer Handlungen verpflichtet. Dem hält Baumann³⁸⁸⁾ mit Recht entgegen, daß die Erlaubnis der Beförderung solcher Briefe durch den Richter keinesfalls eine Legalisierung ihres Inhalts bedeute.

Es erscheint notwendig, die Streitfrage auf das in ihr enthaltene Grundproblem zurückzuführen. Allgemein geht es um die Frage, wann die Grundrechte des Untersuchungsgefangenen eine inhaltliche Modifizierung erfahren. Speziell geht es darum, ob dem Gefangenen die Absendung von Briefen strafbaren Inhalts untersagt werden kann. Rechtsprechung und Lehre übersehen völlig, daß mit dieser Fragestellung der eigentliche Problemkreis

zurückhalten. Hierin liegt jedoch eine unberechtigte erzieherische Beeinflussung.

386) Dallinger Anm. z. Beschl. d. OLG Bremen v. 25.11.1950, MDR 1951 S. 122.

387) Vgl. Dallinger Anm. z. Beschl. d. OLG Bremen v. 25.11.1950, MDR 1951 S. 122; ebenso Klein-knecht, JZ 1953 S. 533 und Grunau, DRiZ 1960 S. 396 und OLG Köln Beschl. v. 16.6.1953, MDR 1953 S. 570.

388) Baumann, DRiZ 1959 S. 380.

der Möglichkeit einer Modifizierung der Grundrechte verlassen ist; denn auf Grund welcher Rechtsnorm oder auf Grund welchen Rechtsprinzips sollte der Einzelne ein Recht zur ungehinderten Begehung strafbarer Handlungen besitzen? Es hieße den Sinn der Grundrechte, die den Aufbau einer freien demokratischen Ordnung unterstützen und gewährleisten sollen, geradezu in ihr Gegenteil verkehren, wollte man aus ihnen ein Recht zur Begehung strafbarer Handlungen ableiten ³⁸⁹⁾. Die Zurückhaltung von Briefen, die einen strafbaren Inhalt haben, stellt keine Verletzung eines Rechts des Untersuchungsgefangenen dar. Soweit es sich um Briefe beleidigenden Inhalts handelt, ergibt sich dies bereits aus Art. 5 Abs. 2 GG ³⁹⁰⁾.

Ist die Möglichkeit der Einbehaltung solcher Briefe somit zu bejahen, so soll nicht den in der Praxis herrschenden Zuständen das Wort geredet werden. Die Praxis ist gegenüber den Briefen Untersuchungsgefangener oft von einer zu großen Empfindlichkeit. So berichtet Arendt ³⁹¹⁾ von einem Fall, in dem ein Untersuchungsgefangener in einem Brief an eine Zeitung seiner Meinung Ausdruck verliehen hatte, daß das mit der Sache befaßte Gericht eine Rechtsprechung betreibe, die den gesetzlichen Bestimmungen der Menschenrechtskonvention zuwiderlaufe. Der Amtsrichter schloß diesen Brief von der Beförderung aus, weil die erhobene Kritik eine beleidigende Unterstellung sei. Berechtigt erscheinen demgegenüber die Ausführungen des OLG Köln ³⁹²⁾, das die zulässige Grenze als überschritten ansieht, wenn der Untersuchungsgefan-

389) Auf diesen allein entscheidenden Gesichtspunkt weist, soweit ersichtlich, allein Grunau, DRiZ 1960 S. 396, hin.

390) Vgl. Art. 5 Abs. 2 GG: "Diese Rechte finden ihre Schranken ... in dem Recht der persönlichen Ehre".

391) Arndt, NJW 1964 S. 855.

392) OLG Köln, Beschl. v. 16.6.1953, MDR S. 570.

gene sich in "ständigen, wohl berechneten Herausforderungen und groben Ungehörigkeiten untermischt mit Drohungen und Beleidigungen" ergeht. Die Entscheidung darüber, wann die zulässige Grenze überschritten ist, kann nur im Hinblick auf die individuelle Persönlichkeit des Beschuldigten, auf sein Alter und seinen Bildungsgrad getroffen werden ³⁹³⁾.

- c) Die Beförderung von Briefen, die die Verhältnisse in der Haftanstalt kritisieren

Nach Nr. 34 Abs. 1 Nr. 4 UVollzO dürfen auch solche Briefe zurückgehalten werden, die unrichtige oder gröblich entstellende Behauptungen über die Verhältnisse in der Haftanstalt enthalten.

Soweit die Darstellungen über Anstaltsverhältnisse lügenhaft sind, ist die Rechtslage ebenso zu beurteilen, wie bei der Absendung von beleidigenden Briefen. Kein Grundrecht, insbesondere nicht das Recht der freien Meinungsäußerung, schützt die Verbreitung lügenhafter Äußerungen. Infolgedessen wird durch die Einbehaltung solcher Briefe eine grundrechtlich geschützte Position des Gefangenen nicht berührt ³⁹⁴⁾.

In der Praxis werden jedoch auch solche Briefe häufig zurückgehalten, die keine offensichtlichen Unwahrheiten verbreiten, sondern mehr oder weniger berechtigte Kritik an den Verhältnissen der Haftanstalt oder an den Organen der Justiz üben. So hat das OLG Celle ³⁹⁵⁾ die Zurückhaltung eines Briefes für rechtmäßig erklärt, in dem der Verhaftete sich an das Deutsche Zentralarchiv in Potsdam, eine Einrichtung der DDR, mit der Bitte wendet, ihm

393) So Engelbrechten, DRiZ 1959, S. 239.

394) Anderer Ansicht aber wohl Baumann, DRiZ 1959 S. 380; hiergegen Grunau, DRiZ 1960 S. 396. Vgl. auch Arndt, NJW 1964 S. 855. Das Problem liegt wohl darin: Wer ist zu der Feststellung berechtigt, daß eine lügenhafte Äußerung vorliegt?

395) OLG Celle Beschl. v. 14.11.1963, MDR 1964 S. 253 f.

Auskünfte über Richter, die in einem gegen ihn anhängigen Strafverfahren tätig geworden waren, zu erteilen ³⁹⁶⁾. Das OLG führt aus, es sei allgemein bekannt, daß das Zentralarchiv solche Anfragen mißbrauche. Man lege es darauf an, das Vertrauen in die Justiz zu untergraben. Die Erlaubnis zur Absendung solcher Briefe würde im Gefängnis als Sanktionierung solcher Verbindungsaufnahmen aufgefaßt werden und bereits dadurch die Ordnung der Haftanstalt stören. Sie sei zudem geeignet, die Öffentlichkeit zu erregen. Eine solche Erregung der Öffentlichkeit sei immer nachteilig für die Ordnung der Haftanstalt ³⁹⁷⁾. Diesen Ausführungen des OLG Celle muß entschieden entgegengetreten werden. Zwar wird man die Möglichkeit einer mißbräuchlichen Ausnutzung des Auskunftersuchens durch östliche Stellen nicht bestreiten können. Es muß aber auf jeden Fall vermieden werden, daß Briefe mit politisch unerwünschtem Inhalt unter fadenscheinigen Vorwänden zurückgehalten werden ³⁹⁸⁾.

Die Beförderung von Briefen, die sich kritisch mit Verhältnissen der Haftanstalt oder Persönlichkeiten der Justiz auseinandersetzen, kann daher nur bei offensichtlicher Unwahrheit ihres Inhalts verweigert werden.

396) Vgl. aber in diesem Zusammenhang den Beschl. des OLG Bremen vom 3.1.1950, NJW 1950 S. 395, wonach ein Brief eines Untersuchungsgefangenen an eine politische Partei des Landes Bremens sowie an den Sprecher des Ausschusses für Rechtsfragen, in dem er sich gegen die Handhabung von Rechtsvorschriften durch das Gericht wendet, nicht zurückgehalten werden darf.

397) Ebenso Kleinknecht, JZ 1953 S. 533.

398) Vgl. Erdsiek, NJW 1964 S. 1119.

2. Informationsfreiheit

Art. 5 Abs. 1 GG gewährt jedermann die Möglichkeit, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten ³⁹⁹⁾. Diese Freiheit ist für einen demokratischen Lebensprozeß unabdingbar. Sie läßt den Einzelnen an den geistigen und politischen Strömungen seiner Zeit teilhaben. Sie fördert den Prozeß freiheitlicher Diskussion, der für den Bestand einer Demokratie existenznotwendig ist. Das GG schützt diese Freiheit nur insoweit, als die Informationen aus "allgemein zugänglichen Quellen" fließen. Gemeint sind damit vornehmlich Rundfunk ⁴⁰⁰⁾, Film, Fernsehen und Presse.

Das Grundrecht der Informationsfreiheit gilt grundsätzlich auch für den Untersuchungsgefangenen ⁴⁰¹⁾. Dennoch kann die Notwendigkeit nicht bestritten werden, seinen Inhalt für den verhafteten Beschuldigten anders zu bestimmen, als für den in Freiheit befindlichen Staatsbürger ⁴⁰²⁾.

a) Rundfunk- und Fernsehempfang

In jüngster Zeit mehren sich Fälle, in denen Untersuchungsgefangene die Aushändigung von eigenen Rundfunkgeräten mit einem Hinweis auf das verfassungsmäßig garantierte Grundrecht der Informationsfreiheit und den Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 19.12.1963 ⁴⁰³⁾ beantragen. Mit Recht weist Chudoba ⁴⁰⁴⁾ auf die grundsätzliche Bedeutung dieser Frage hin.

399) Vgl. über die Bedeutung dieses Grundrechts BVerfGE 7, 198 (208).

400) Vgl. BVerfGE 12, 205 (260).

401) So ausdrücklich das BVerfG Beschl. v. 19.2.1963, BVerfGE 15, 288 ff.

402) Vgl. Bay.VGH., Verw.Rspr. 10, 269 (274).

403) Beschl. d. BVerfG v. 19.2.1963, BVerfGE 15, 288 ff.

404) Chudoba Anm. z. Beschl. d. LG Frankfurt/M. vom 14.9.1964, ZfStrVO 1965 S. 45.

Über die Möglichkeit des Rundfunkempfanges in Untersuchungshaft sagt Nr. 40 UVollzO ⁴⁰⁵⁾, daß der Einzelempfang durch ein eigenes Rundfunkgerät grundsätzlich nicht zu gestatten sei, während ein Gemeinschaftsempfang stattfinden könne ⁴⁰⁶⁾. Auch das OLG Hamburg ⁴⁰⁷⁾ hält in einem Beschluß vom 19.4.1962 das Verbot des Einzelempfanges für rechtmäßig, da hierdurch die Ordnung der Anstalt gefährdet werde ⁴⁰⁸⁾. Die Benutzung von Radiogeräten mit Lautsprechern sei schon deshalb nicht möglich, weil hierdurch die Gefahr einer zu starken Lärmbelästigung hervorgerufen werde. In der Haftanstalt wohnten so viele Menschen mit allen nur denkbaren Charaktereigenschaften auf engem Raum zusammen, daß der störungsfreie Betrieb solcher Geräte nicht gewährleistet werden könne. Eine weitere Gefährdung der Anstaltsordnung liege darin, daß der Besitz eigener Rundfunkgeräte zum Tauschhandel unter den Gefangenen verleiten könne. Das OLG kommt schließlich zu der Feststellung, daß die in Art. 5 Abs. 1 GG gewährleistete Informationsfreiheit durch das Verbot des Einzelempfanges deshalb nicht eingeschränkt werde, weil dem Untersuchungsgefangenen der Bezug von Tageszeitungen gestattet sei. Hierdurch erhalte er eine mit Rücksicht auf die Untersuchungshaft ausreichende Möglichkeit zur Information. Insoweit muß sich das OLG jedoch eine Kritik des Bundesverfassungsgerichts ⁴⁰⁹⁾ gefallen lassen. Das Bundesverfassungsgericht weist zu Recht darauf

405) Vgl. die ähnlich lautenden Erlasse des hessischen Ministers für Justiz vom 9.11. und 11.12. 1961 (4513 - V 3114 und 4420 - V 1595).

406) Vgl. über den Gemeinschaftsempfang im Untersuchungsgefängnis Hammelgasse (Frankfurt/M.) LG Frankfurt/M. Beschl. vom 14.9.1964, ZfStrVO 1965 S. 52; vgl. über die Erfahrung mit der Rundfunkanlage in der Strafanstalt Saarbrücken sowie über die Programmgestaltung Jakobi, ZfStrVO 1964 S. 36 ff.

407) OLG Hamburg Beschl. vom 19.4.1962, NJW 1962 S. 1633. Das BVerfG, Beschl. vom 19.2.1963, BVerfGE 15, 288 ff., schließt sich dem OLG Hamburg für den Regelfall an.

408) Anderer Ansicht Löwe-Rosenberg Anm. IV 4 zu § 116 StPO.

409) BVerfG Beschl. v. 19.2.1963, BVerfGE 15, 288 ff.

hin, daß das Grundrecht der Informationsfreiheit nicht nur eine hinreichende Informationsmöglichkeit gewährleiste, sondern auch die Freiheit des Einzelnen selbst zu entscheiden, aus welchen Quellen er sich unterrichten wolle. Zudem sei das Argument des OLG Hamburg dann wertlos, wenn der Gefangene - wie in dem dem Bundesverfassungsgericht vorliegenden Fall - nicht über die notwendigen Mittel zum Abonnieren einer Zeitung verfüge, jedoch ein eigenes Rundfunkgerät besitze. Das Bundesverfassungsgericht folgt im übrigen dem OLG Hamburg. Nach seiner Auffassung ist jeweils eine Abwägung zwischen dem Grundrecht auf Informationsfreiheit und den durch § 116 Abs. 2 StPO (a.F.) geschützten öffentlichen Interessen vorzunehmen⁴¹⁰⁾. Die Erlaubnis zum Einzelempfang ist nur dann zu versagen, wenn im konkreten Fall eine reale Gefährdung in den Bereich der Wahrscheinlichkeit rückt. Grundsätzlich sei die Vorschrift der Nr. 40 UVollzO jedoch berechtigt, da bei der Erlaubnis zum Einzelempfang regelmäßig von einer Gefährdung solcher öffentlicher Interessen ausgegangen werden könne⁴¹¹⁾. Das Gericht führt dabei ein gewichtiges Argument in die Diskussion ein. Es bestehe die Gefahr, daß ein solches Rundfunkgerät zum Empfang von außerhalb kommender Sendungen sowie zum Senden von Nachrichten innerhalb der Haftanstalt oder nach außerhalb mißbraucht werde.

Ein Verbot des Rundfunkempfanges kommt nur dann in Betracht, wenn anderenfalls Haftzweck oder Anstaltsordnung entscheidend beeinträchtigt würden. Eine Beeinträchtigung der Anstaltsordnung ist bei der Benutzung eines eigenen Rundfunkgerätes nicht

410) Dieselbe Auffassung vertritt für den Strafvollzug das OLG Bremen Beschl. v. 3.5.1963, ZfStrVO 1964, S. 48.

411) Ebenso Landgericht Frankfurt/M. Beschl. vom 14.9.1964, ZfStrVO 1965 S. 48.

zu befürchten. Der vom OLG Hamburg erwähnten Mißbrauchsmöglichkeit durch Betreibung eines Tauschhandels läßt sich leicht vorbeugen, da der Verbleib eines Radiogerätes nicht allzu schwer zu kontrollieren ist ⁴¹²⁾. Die Gefahr der Lärmbelästigung ist am ehesten dadurch zu bekämpfen, daß das Abhören der Rundfunksendungen von der Benutzung eines Kopfhörers abhängig gemacht wird ⁴¹³⁾. Zuwiderhandlungen können wirkungsvoll durch den Entzug der Empfangserlaubnis geahndet werden. Dagegen kann der Einzelempfang Flucht- und Kollusionsgefahr ⁴¹⁴⁾ dann entscheidend erhöhen, wenn das Rundfunkgerät zu verbotener Kontaktaufnahme mißbraucht wird. Dieses auch vom Bundesverfassungsgericht vorgebrachte Bedenken gilt es, unter Beachtung der technischen Gegebenheiten ernsthaft zu prüfen. Soweit ersichtlich, haben sich bisher allein das Landgericht Frankfurt/M. ⁴¹⁵⁾ und das Kammergericht ausgiebig mit dieser Frage befaßt. ⁴¹⁶⁾

Theoretisch besteht die Möglichkeit eines Mißbrauchs dadurch, daß Rundfunkgeräte zum Abhören privat gefunkter Mitteilungen benutzt werden, sowie dadurch, daß sie als Sender betrieben werden ⁴¹⁷⁾. Mit den herkömmlichen, mit LW., MW., KW. und UKW. ausgerüsteten Radiogeräten können folgende Frequenzen empfangen werden: 150 - 350 KHz (LW.), 520 KHz - 1,6 MHz (MW.), 3 - 30 MHz (KW.), 85 - 100 MHz (UKW.). Beim Empfang spielt es naturgemäß keine Rolle, ob

412) Vgl. aber für die andersartige Erfahrung, die im Untersuchungsgefängnis Frankfurt/M. gemacht wurde, LG Frankfurt/M. Beschl. vom 14.9.1964, ZfStrVO S. 51, 1965. Hier konnte ein eingeschmuggeltes Transistorgerät, dessen Existenz gerüchteweise bekannt war, trotz zahlreicher Zellenrazzien erst nach langem Bemühen mehrerer Beamten gefunden werden.

413) Die Benutzung von Kopfhörern sollte die Regel sein. Das OLG Hamburg Beschl. v. 19.4.1962, NJW 1962 S. 1633 f. fordert wohl zu weitgehend, daß die Benutzung eines Lautsprechers durch technische Eingriffe unterbunden werde.

414) Nach Beschl. d. KG v. 15.7.1963 - 1 Ws 241/242/63 (vgl. ZfStrVO 1965 S. 48) soll bei "Kollusionshaft" die Erlaubnis z. Rundfunkempfang prinzipiell zu versagen sein. Zustimmend LG Frankfurt/M. Beschl. v. 14.9.1964, ZfStrVO 1965 S. 48.

415) LG Frankfurt/M. Beschl. v. 14.9.1964, ZfStrVO 1965 S. 45.

416) Beschl. d. KG vom 9.8.1963, ZfStrVO 1964 S. 54 ff. (1 Ws 233/63).

die erwähnten elektromagnetischen Wellen von einer öffentlichen Rundfunkanstalt oder von einem illegalen Sender ausgestrahlt werden. Es wäre deshalb durchaus möglich, einer in Untersuchungshaft befindlichen, mit einem normalen, im Handel erhältlichen Radioapparat ausgerüsteten Person auf diesem Wege Nachrichten zukommen zu lassen. Verändert man nun die Kapazität C des im Empfangskreis befindlichen Kondensators, so kann man nach der Thomson'schen Gleichung $V = \frac{1}{2LC}$ ⁴¹⁷⁾ etwa das gesamte Spektrum der elektromagnetischen Wellen von $v = 150$ KHz bis $v = 300$ MHz empfangen, also auch die Empfangsbereiche, die dem Schiffs-, Flug-, Amateur- und Polizeifunk vorbehalten sind. Eine Änderung der Kapazität C oder der Induktivität L kann durch einfaches, mechanisches Vergrößern oder Verkleinern (Abfeilen) der Kondensatorplatten vor sich gehen. Diese recht einfache Manipulation könnte auch durch wenig in die Radiotechnik eingeweihte Personen ausgeführt werden, ohne daß dabei Spezialwerkzeuge benötigt würden. Die entstehende Änderung der Apparatur ist nicht augenfällig. Interessant sind hierzu die Ausführungen des Landgerichts Frankfurt. Es sei gerichtsbekannt, daß sich insbesondere in Frankfurt zahlreiche Sendeanlagen in privater Hand befänden, ohne von der Postverwaltung kontrolliert zu sein. Besonders auf dem von der Deutschen Bundespost freigegebenen 27 MHz Bereich seien gegenwärtig mehrere tausend Funkgeräte ohne Lizenzen in Gebrauch, die sich teilweise in Händen krimineller Personen befänden. Da normale Transistorempfänger ohne Schwierigkeiten zum Empfang auf den 27 MHz Bereich umgebaut werden können, sei die Möglichkeit einer Verbindungsaufnahme gegeben. We-

417) Für die Erläuterung der technischen Möglichkeiten danke ich Herrn cand.rer.nat. Claus Göke. Vgl. zu den Mißbrauchsmöglichkeiten von Transistorengeräten in der Untersuchungshaft auch die Bekanntmachung des hessischen Landeskriminalamtes vom 24.4.1963, Hessisches Landeskriminalblatt Nr. 896 vom 4.5.1963, ferner Beschl. d. KG vom 9.8.1963, ZfStrVO 1964 S. 54 ff. und die in jener Sache eingeholte gutachtliche Auskunft der Berliner Postdirektion.

418) v = Frequenz; C = Kapazität; L = Induktivität.

sentlich schwieriger ist es schon, einen Empfänger in einen Sender umzubauen ⁴¹⁹⁾. Um auch nur den einfachsten Sender herzustellen, der nur Morsezeichen oder ähnliche undifferenzierte Impulse ausstrahlt, sind ein großes technisches Wissen und eine lange Erfahrung nötig, zumal ja unter den betrachteten Verhältnissen jedes Ersatzteil oder Zusatzgerät fehlt. Prinzipiell ist ein solcher Umbau jedoch durchführbar, auch ohne daß ein ungeübter Beobachter die Veränderung sofort bemerkt. Das Kammergericht weist darauf hin, daß es vor allem in großen Untersuchungsgefängnissen oft Häftlinge gebe, die sich auf solche Dinge verstünden ⁴²⁰⁾.

Somit liegt die Gefahr des Mißbrauchs eines Rundfunkgerätes durchaus im Bereich des Möglichen. Daher erscheint das Verbot des Einzelempfanges nur dann unzulässig, wenn spezielle Umstände des Einzelfalles die Gefahr der Ausnutzung der angedeuteten Mißbrauchsmöglichkeiten entfallen lassen ⁴²¹⁾.

Die den Rundfunkempfang betreffenden Ausführungen gelten grundsätzlich auch für die Möglichkeit der Benutzung eines Fernsehgerätes. Ist ein Mißbrauch im Einzelfall nicht zu befürchten, so muß dem Untersuchungsgefangenen der ^Fernsehempfang gestattet werden. Da brauchbare Zimmerantennen im Handel sind,

419) Anderer Ansicht anscheinend LG Frankfurt/M. Beschl. vom 14.9.1964 in ZfStrVO 1965 S. 50. Das Gericht weist darauf hin, daß es Sendegeräte gebe, die äußerlich Transistorengeräten täuschend ähnlich seien.

420) Daß die Untersuchungsgefangenen ständig bestrebt sind, an den ihnen überlassenen Geräten technische Veränderungen vorzunehmen, zeigt ein im Frühjahr 1961 in der Haftanstalt Hammelgasse (Frankfurt/M.) durchgeführter Versuch. Von 10 ausgegebenen Transistorengeräten war bereits nach wenigen Wochen der größte Teil infolge technischer Manipulationen schwer beschädigt.

421) Falsch ist aber die Ansicht d. LG Frankfurt/M. Beschl. vom 14.9.1964, ZfStrVO 1965 S. 48, beim Vorliegen von Kollusionsgefahr könne der Einzelempfang unter keinen Umständen gestattet werden.

steht einer solchen Erlaubnis auch nicht die Schwierigkeit einer besonderen Montage entgegen. Ob allerdings die Praxis sich an den völlig neuen Gedanken des fernsehenden Untersuchungsgefangenen gewöhnen wird, muß mit Skepsis beurteilt werden.

b) Freie Wahl der Lektüre und anstaltseigener Lese-
stoff

Aus dem in Art. 5 Abs. 1 GG garantierten Grundrecht der Informationsfreiheit folgt, daß der Untersuchungsgefangene grundsätzlich Druck- und Presseerzeugnisse jeder Art ⁴²²⁾ lesen darf.

Nr. 45 Abs. 1 UVollzO geht fälschlich von einem anderen Grundsatz aus. In dieser Vorschrift wird dem Untersuchungsgefangenen lediglich anstaltseigener Lesestoff ⁴²³⁾ in "ausreichendem Maße" zugebilligt. Diese Vorschrift widerspricht dem geltenden Recht. Prinzipiell muß dem Untersuchungsgefangenen der Bezug von Lektüre, sei es aus privater Hand, sei es durch den Buchhandel gestattet werden ⁴²⁴⁾. Lediglich wenn hierdurch Haftzweck oder Ordnung der Haftanstalt gefährdet sind, kann der Richter Einschränkungen anordnen. Dabei wird vornehmlich die Gefährdung des Haftzweckes zu einer solchen Maßnahme zwingen. Immer wieder finden sich in Büchern und Zeitschriften versteckte Mitteilungen, die Kollusionszwecken dienen oder einen Fluchtversuch unterstützen. Eine eingehende Kontrolle ist angesichts des Umfanges des gewöhnlich benutzten Lesematerials in der Regel nicht durchführbar ⁴²⁵⁾.

422) Die Auswahl muß ihm überlassen bleiben. Vgl. Beschl. d. BVerfG vom 19.2.1963, BVerfGE 15, 288 ff.

423) Vgl. über die Bedeutung des Buches für den Strafvollzug Frey, ZfStrVO 1963 S. 147 ff.

424) So schon von Lilienthal, JW 1925 S. 1449. Vgl. auch Mamroth, DJZ 1925 Sp. 860; vgl. auch OLG Celle, Beschl. vom 27.2.1951, NJW 1951 S. 676.

425) Soweit eine Kontrolle durchführbar ist, ist sie als das mildere Mittel vorzuziehen. Vgl. OLG Oldenburg, Beschl. vom 7.8.1963, NJW 1964 S. 215.

Was die Beschränkung des Lesestoffes aus Gründen der Anstaltsdisziplin betrifft, muß die in der Praxis übliche, kleinliche Verfahrensweise gerügt werden. Allenfalls sind grob unzüchtige Schriften oder Abbildungen geeignet, eine Gefährdung der Anstaltsordnung hervorzurufen ⁴²⁶⁾. Erheblich zu weit geht aber der Haftrichter in dem von Mamroth ⁴²⁷⁾ berichteten Fall, in dem dem Untersuchungsgefangenen die Überlassung einer französischen Ausgabe des Bocchacio verweigert wird. Es ist sicherlich nicht Aufgabe des Untersuchungsrichters, literarische oder moralische Stilnoten zu verteilen. Ebenso abzulehnen ist die Auffassung des OLG Neustadt ⁴²⁸⁾, das es für rechtmäßig hält, wenn aus einer dem Untersuchungsgefangenen überlassenen Zeitung Berichte über Strafverhandlungen herausgeschnitten werden. Die Besprechung solcher Zeitungsartikel gefährden nach Ansicht des OLG die Anstaltsordnung, da sie die Neigung zu krimineller Tätigkeit wachhalte und fördere. Diese Ausführungen müssen befremden. Wenn die wahrheitsgetreue Schilderung einer Gerichtsverhandlung die Gefangenen nicht positiv, sondern negativ beeinflusst, dann wird der Sinn der Strafrechtspflege überhaupt zweifelhaft ⁴²⁹⁾.

426) Vgl. hierzu Klee, GA 1908 S. 268.

427) Mamroth, DJZ 1925 Sp. 860.

428) OLG Neustadt, Beschl. vom 12.9.1952, NJW 1952 S. 1309; ebenso Löwe-Rosenberg Anm. IV 4 zu § 116 StPO.

429) Vgl. die ablehnende Stellungnahme Schmidt-Leichners, NJW 1952 S. 1309.

V. Das elterliche Erziehungsrecht des Untersuchungsgefangenen

Artikel 6 Abs. 2 GG gewährleistet das Elternrecht. Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die ihnen zuvörderst obliegende Pflicht. Das Elternrecht umfaßt die Sorge für Vermögen und Person der Kinder. Befindet sich ein Elternteil in Haft, so ist ihm damit in weitgehendem Maße die tatsächliche Möglichkeit genommen, dieser Sorgspflicht nachzukommen. Soweit jedoch trotz des Freiheitsentzuges eine Wahrnehmung dieser Pflicht möglich bleibt, muß schon im Hinblick auf den sozialen Wert der Aufrechterhaltung der Familie alles getan werden, um den Untersuchungsgefangenen in der Erfüllung konkreter, aus der Sorgpflicht erwachsender Aufgaben zu unterstützen. So kann etwa die Vermögenssorge bei genügender Rücksichtnahme ohne größere Schwierigkeiten aus der Haftanstalt heraus getroffen werden. Soweit hierzu häufiger Besuchsempfang oder eine Ausdehnung der Schreibtätigkeit notwendig sind, sollte der Richter großzügig verfahren.

Die sinnvolle Ausübung der Personensorge setzt ein regelmäßiges Zusammensein von Eltern und Kindern voraus. Persönliche Nähe und die Möglichkeit geistiger Einflußnahme sind unabdingbare Voraussetzungen für die Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Erziehung. Eine Personensorge in diesem Sinn kann nach Verhängung der Haft nicht mehr aufrecht erhalten werden. Es darf aber keine Maßnahme verfügt werden, die die vorhandene Beschränkung der Kontaktmöglichkeiten ohne zwingende Notwendigkeit intensiviert. Aus diesem Grunde ist die Vorschrift der Nr. 26 Abs. 2 UVollzO, die Personen unter 16 Jahren den Besuch beim Untersuchungsgefangenen verbietet, mit dem geltenden Recht nicht zu vereinbaren ⁴³⁰⁾.

430) So auch Baumann, DRiZ 1959 S. 379.

VI. Die Versammlungsfreiheit

Haftzweck und Ordnung der Haftanstalt machen im konkreten Fall eine Einschränkung des in Art. 8 Abs. 1 GG normierten Grundrechts der Versammlungsfreiheit erforderlich. Die Versammlungsfreiheit gewährleistet die Möglichkeit, an Veranstaltungen teilzunehmen und ihre Leitung zu übernehmen. Wäre es den Untersuchungsgefangenen freigestellt, innerhalb der Haftanstalt Versammlungen abzuhalten, so würde die Gefahr von Flucht- und Verdunkelungshandlungen so anwachsen, daß die Aufrechterhaltung des Haftzweckes nicht mehr gewährleistet werden könnte. Zudem ist es im Interesse der Anstaltsordnung nicht vertretbar, wenn die Gefangenen sich zu jeder von ihnen gewünschten Zeit im Bereich des Gefängnisses versammeln dürften.

VII. Die Vereinsfreiheit

Haftzweck und Ordnung der Haftanstalt gebieten eine inhaltliche Begrenzung des Grundrechts des Art. 9 Abs. 1 GG (431). Diese Verfassungsnorm gewährleistet für alle Deutsche die Vereinsfreiheit. Die Vereinsfreiheit gibt das Recht auf freie Gründung von Vereinen, auf Freiheit des Eintritts und Austritts, sowie auf Freiheit der Vereinstätigkeit. Die Gründungsfreiheit, sowie die Freiheit des Ein- und Austritts werden durch den Vollzug der Untersuchungshaft nicht berührt. Dagegen erfordern sowohl der Haftzweck als auch die Ordnung der Haftanstalt eine Beschränkung der Vereinstätigkeit. Die ungehinderte Ausübung der Vereinstätigkeit setzt völlige persönliche Bewegungsfreiheit voraus. Diese kann dem Untersuchungsgefangenen naturgemäß nicht gewährt werden.

431) Vgl. hierzu v. Mangoldt-Klein Anm. III zu Art. 9 und Hamann Anm. B zu Art. 9.

VIII. Das Briefgeheimnis

1. Überwachung abgehender Briefe

Die allgemeine Bedeutung, die der verbleibenden Kommunikationsmöglichkeit mit der Außenwelt für die psychische Situation des Gefangenen zukommt, sind groß. Die Auswirkungen des brieflichen Verkehrs sind dabei in der Regel noch nachhaltiger ⁴³²⁾ als die eines Gesprächs. Der Schreibende kann sich überlegen, was er sagen und welche Ausdrucksform er wählen will. Der Briefadressat entgeht infolge der Möglichkeit mehrfachen Durchlesens der Gefahr, den Schwerpunkt der gemachten Mitteilungen zu verkennen. Das Grundgesetz hat die Bedeutung, die der Brief hat, Rechnung getragen und in Art. 10 GG das Briefgeheimnis neben dem Post- und Fernmeldegeheimnis in den Grundrechtskatalog aufgenommen. Die Interpretation dieser Verfassungsnorm ist nicht einheitlich ⁴³³⁾. Während die einen ⁴³⁴⁾, wohl zu weitgehend, als Brief nur eine Mitteilung bezeichnen, lassen andere ⁴³⁵⁾ es mit Recht genügen, daß es sich um eine geschlossene Sendung handelt ⁴³⁶⁾.

Die Begriffe des Brief- und Postgeheimnisses decken sich nicht. Während das Briefgeheimnis sich enger als das Postgeheimnis ⁴³⁷⁾ nur auf Briefe bezieht, geht es insoweit über das Postgeheimnis hinaus, als es auch Mitteilungen umfaßt, die nicht mit der Post befördert werden. Infolgedessen gewinnt das Briefgeheimnis regelmäßig nur dann eine eigene Bedeutung, wenn sich der Brief außerhalb des Machtbereichs der Post befindet.

432) Vgl. hierzu Engelbrechten, DRiZ 1959 S. 238.

433) Vgl. dazu Oehler in: Die Grundrechte Bd. 2 S. 608 ff.

434) Vgl. Wernicke in BK Erl. II 1 a u. e zu Art. 10.

435) So die h.L., vgl. Hamann Anm. B 1 zu Art. 10.

436) Damit fällt die Postkarte nicht unter das Briefgeheimnis, wohl aber Streifbandsendungen, soweit sie persönliche Mitteilungen enthalten.

437) Vgl. hierzu Oehler in: Die Grundrechte Bd. 2 S. 606 f.

Solange er allein den Postbediensteten zugänglich ist, greift das umfassende Postgeheimnis ein. Beim Untersuchungsgefangenen, dessen Briefe nur durch den Richter, niemals aber durch die Post kontrolliert werden dürfen, ist daher allein die Frage nach der Geltung des Briefgeheimnisses problematisch.

Ist die Bedeutung des Briefverkehrs für den Untersuchungsgefangenen erkannt, so darf die Möglichkeit einer Briefkontrolle nicht leichtfertig bejaht werden. Jedoch lassen sich weder die grundsätzliche Notwendigkeit der Postkontrolle ⁴³⁸⁾ noch die Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahme in vielen Fällen in Abrede stellen ⁴³⁹⁾.

Zunächst muß die Anordnung einer Briefkontrolle dann möglich sein, wenn die Gefahr besteht, daß der Untersuchungsgefangene den Briefverkehr zur Vorbereitung eines Fluchtversuchs mißbraucht ⁴⁴⁰⁾. Demgegenüber wird zu Unrecht der generelle Wegfall der Briefkontrolle gegenüber dem Fluchtverdächtigen gefordert ⁴⁴¹⁾. Abgesehen davon, daß der Fluchtverdächtige den Schriftverkehr auch zur Übermittlung von Nachrichten seiner Mithäftlinge mißbrauchen und damit eine Verdunkelungshandlung unterstützen kann, sollte die Erhöhung der Fluchtgefahr nicht unterschätzt werden.

Die Möglichkeit richterlicher Postkontrolle ist weiterhin gegeben, wenn die Gefahr besteht, daß der Briefverkehr zu Verdunkelungszwecken benutzt wird. Das

438) Vgl. von Lilienthal, JW 1925 S. 1448 f.

439) Vgl. zu der über die Kontrolle hinausgehenden Maßnahme der Beschlagnahme eines Briefes Engelbrechten, DRiZ 1959 S. 240; vgl. auch Klein-knecht, JZ 1953 S. 534.

440) So Dallinger, MDR 1951 S. 121; Feisenberger bei Aschrott S. 265; OLG Oldenburg, Beschl. vom 7.8.1963, NJW 1964 S. 215; Löwe-Rosenberg, Anm. III 2 zu § 116 StPO.

441) Mammoth, DJZ 1925 Sp. 860 und Löwenstein bei Aschrott S. 280 f.

ist allgemein anerkannt. Jedoch geht hier die Praxis häufig zu weit. Die Weitergabe eines Briefes wird oft bereits dann verweigert, wenn ein auch noch so weit entfernter Zusammenhang des Briefinhalts mit dem Strafverfahren entdeckt wird ⁴⁴²⁾. So soll es nach Engelbrechten ⁴⁴³⁾ ausreichen, wenn der Brief sich irgendwie mit dem Gegenstand der Untersuchung befaßt. Selbst dadurch, daß der Untersuchungsgefangene sich als unschuldig bezeichnet, könne er anderen zu verstehen geben, wie sie sich im Falle einer Vernehmung verhalten sollten. Engelbrechten gibt zwar zu, daß es sich oft nur sehr schwer mit der nötigen Sicherheit feststellen lasse, ob wirklich eine Verdunkelungshandlung vorliege, meint aber, in diesen Fällen sei es zweckmäßig, selbst auf Kosten der Rechte des Gefangenen besonders vorsichtig zu sein. Diese Ausführungen können nicht unwidersprochen bleiben. Zu einem Zurückhalten des Briefes ist der Richter nur dann berechtigt, wenn sich eindeutig Anhaltspunkte für eine Verdunkelungshandlung ergeben. Mit Baumann ⁴⁴⁴⁾ ist davon auszugehen, daß eine Unschuldbeteuerung, zumal wenn sie gegenüber nahestehenden Personen gemacht wird, nicht ausreicht, die Einbehaltung des Briefes zu rechtfertigen. "Der Förderung der Ermittlung steht hier das verständliche Interesse der Familienangehörigen gegenüber, die eigene Stellungnahme des Beschuldigten zu erfahren".

Auch gegenüber den Untersuchungsgefangenen, die weder aus Gründen der Flucht noch der Verdunkelungsgefahr in Haft genommen worden sind, muß eine inhaltliche Begrenzung des Briefgeheimnisses getroffen werden können. Die Praxis lehrt, daß immer wieder der Versuch unternommen wird, durch Vermittlung der Mitgefangenen eine Flucht oder Verdunkelungshandlungen

442) Hiergegen Dallinger, MDR 1951 S. 122 und Löwe-Rosenberg Anm. III 5 zu § 116 StPO.

443) Engelbrechten, DRiZ 1959 S. 239.

444) Baumann, DRiZ 1959 S. 380.

durchzuführen. Einer solchen Gefahr muß wirksam begegnet werden.

Die Überwachung des Schriftverkehrs liegt gemäß § 119 Abs. 6 StPO ausschließlich in der Hand des Richters. Die in Nr. 31 Abs. 1 UVollzO vorgesehene Überlassung der Kontrolltätigkeit an den Staatsanwalt ist gesetzwidrig⁴⁴⁵⁾. Auch der Vorschlag, die Briefkontrolle de lege ferenda in die Hände des Richters und Staatsanwalts gemeinsam zu legen, begegnet Bedenken⁴⁴⁶⁾. Das Argument, die Unerfahrenheit des Richters bezüglich der eigentlichen Ermittlungstätigkeit führe zu Mißgriffen, ist grundsätzlich nicht berechtigt. Der Richter kann sich durch einen Einblick in die Ermittlungsakten eine genaue Kenntnis des vorliegenden Falles verschaffen.

Nach Nr. 32 Abs. 1 UVollzO sollen die abgehenden Briefe dem Richter grundsätzlich unverschlossen vorgelegt werden⁴⁴⁷⁾. Der Richter leitet sie unter Beifügung des Kontrollvermerks beschleunigt weiter. Dieses Verfahren muß geändert werden. Um die Möglichkeit der Kenntnisnahme des Briefinhalts durch das Anstaltspersonal auszuschließen, ist vorzuschlagen, daß der Brief grundsätzlich in einem Begleitumschlag fest verschlossen an den Richter gelangt. Ein solches Vorgehen sieht Nr. 32 Abs. 3 UVollzO bisher nur auf ausdrücklichen Wunsch vor. Der Kontrollvermerk darf nicht für jedermann sichtbar auf dem Brief selbst, sondern muß auf dem Begleitumschlag angebracht werden⁴⁴⁸⁾. Bei der Kontrolle ist der Richter verpflichtet, sich um eine genaue Kenntnisnahme des Briefinhaltes redlich zu bemühen. Falls erforderlich, ist hierbei ein Dolmetscher auf Staatskosten hinzuzuziehen⁴⁴⁹⁾. Eine

445) So mit Recht LG Braunschweig, Beschl. v. 4.11.1950, NJW 1951 S. 85 f.

446) So Feisenberger bei Aschrott S. 264 f.

447) Löwe-Rosenberg Anm. III 5 zu § 116 StPO sieht hierin einen Verstoß gegen Art. 10 GG. Vgl. auch Marx S. 462.

448) So Löwe-Rosenberg Anm. III 5 zu § 116 StPO.

449) Vgl. Engelbrechten, DRiZ 1959 S. 239 und LG Braunschweig Beschl. v. 4.11.1950, NJW 1951 S. 85 f.; vgl. auch Kleinknecht, JZ 1953 S. 534, nach dessen Ansicht der Richter zu entscheiden habe, wer die Kosten einer Übersetzung tragen müsse.

Grenze des richterlichen Bemühens ist dann erreicht, wenn der Brief unleserlich geschrieben ist ⁴⁵⁰⁾.

2. Überwachung eingehender Briefe

Die Kontrolle der eingehenden Post wird von Rechtsprechung und Lehre der der abgehenden gleichbehandelt. Wird ein eingehender Brief beanstandet, so wird er entsprechend Nr. 34 Abs. 4 UVollzO dem Absender zurückgesandt. Wird er nur teilweise beanstandet, so muß der bedenkenfreie Teil des Briefes dem Untersuchungsgefangenen zur Kenntnis gebracht werden.

Gegen die Gleichbehandlung der ausgehenden und eingehenden Post erhebt neuerdings Franz ⁴⁵¹⁾ Bedenken. Nach seiner Auffassung ist eine unterschiedliche rechtliche Behandlung zwingend geboten. Die Kontrolle der Post rechtfertige sich aus § 116 Abs. 2 StPO a.F. Da aber diese Vorschrift allein die Rechte des Untersuchungsgefangenen begrenzen, könne sie niemals die gesetzliche Grundlage einer Kontrollmöglichkeit der eingehenden Post darstellen. Zu dem Zeitpunkt der Postkontrolle stünden die Briefe im alleinigen Eigentum des Absenders und seien deshalb in seiner Verfügungsgewalt. Der daraus folgenden Feststellung, daß die Kontrolle eingehender Briefe rechtswidrig sei, könne auch nicht mit dem Argument begegnet werden, der Absender gebe durch die Aufgabe des Briefes und das Wissen um die Gewohnheiten der Untersuchungshaftanstalt konkludent seine Einwilligung. Dem stehe entgegen, daß der Absender oft gar nicht wisse, daß der Briefempfänger sich in Haft befinde. Da eine vieljährige andere Übung auf die rechtliche Beurteilung keinen Einfluß haben könne, andererseits aber die richterliche Kontrolle eingehender Briefe dringend erforder-

450) Vgl. hierzu Engelbrechten, DRiZ 1959 S. 239.

451) Franz, NJW 1965 S. 25.

lich sei, müsse sofort ein Gesetz geschaffen werden, das die Kontrolle der eingehenden Post gestatte. Der einzige Weg, auf dem im Augenblick eine rechtlich einwandfreie Zensur stattfinden könne, sei der, daß man dem Untersuchungsgefangenen solche Briefe nur unter der Bedingung aushändige, daß er einer anschließenden Öffnung zustimme.

Diese Auffassung ist falsch. Sie zeigt, wie schnell die mangelnde Auseinandersetzung mit den rechtlichen Grundstrukturen der zu betrachtenden Rechtsverhältnisse fehlleiten kann. Die Verfassung gewährleistet sowohl das Briefgeheimnis als auch das Institut der Untersuchungshaft in ihrer Eigengesetzlichkeit nebeneinander und verlangt damit eine Zuordnung beider Bereiche. Wenn die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit eine rechtliche Begrenzung der Grundrechtseffektivität des Art. 10 GG möglich machen, so kann es nicht darauf ankommen, ob hierdurch der im besonderen Gewaltverhältnis Befindliche oder ein Außenstehender betroffen wird. Jeder Außenstehende ist ebenso wie der Gefangene verpflichtet, an der von der Verfassung gewünschten Zuordnung der in ihr geregelten Lebensbereiche mitzuwirken. Die Verwirklichung dieser Zuordnung kann durchaus zu einer inhaltlichen Begrenzung seiner grundrechtlich gewährleisteten Rechtsposition führen.

IX. Die Berufsfreiheit

Artikel 12 GG gewährleistet die Berufsfreiheit. Danach hat jeder das Recht, einer freigewählten beruflichen Tätigkeit nachzugehen. Dieses Recht hat grundsätzlich auch der Untersuchungsgefangene ⁴⁵²⁾, soweit es nicht notwen-

452) Demgegenüber meint Klee, GA 1908 S. 263, ein Recht des Untersuchungsgefangenen auf Arbeit sei nicht anzuerkennen. Ebenso Günther S. 63 und Baetzgen S. 49.

digerweise als Folge des Freiheitsentzuges oder im Hinblick auf den konkreten Haftzweck oder die Ordnung im Gefängnis begrenzt wird. Dieses Recht des Untersuchungsgefangenen darf auch nicht dadurch mittelbar beeinträchtigt werden, daß ihm die tatsächliche Möglichkeit zum Ausüben einer Tätigkeit durch Abschaltung der Zellenbeleuchtung etc. genommen wird ⁴⁵³⁾.

Gemäß Art. 12 Abs. 2 GG darf niemand zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden. Damit ist eine Verpflichtung des Untersuchungsgefangenen zur Arbeit nicht möglich ⁴⁵⁴⁾. Das gilt auch dann, wenn die Ordnung in einem Gefängnis durch provozierendes Nichtstun der Untersuchungsgefangenen gefährdet wird. ⁴⁵⁵⁾ Dieser Rechtslage entspricht die Nr. 42 UVollzO. Andererseits ist die Arbeitsaufnahme im Sinne der Anstaltsdisziplin wünschenswert. Sie wird dementsprechend von Nr. 43 UVollzO gefördert. Eine solche Förderung darf jedoch nicht so weit gehen ⁴⁵⁶⁾, daß der Untersuchungsgefangene auf dem Wege des indirekten Zwanges zur Aufnahme einer zugewiesenen Arbeit angehalten wird. Aus diesem Grunde ist die in Nr. 52 Abs. 3 UVollzO getroffene Regelung, nach der der Anstaltsdirektor dem Untersuchungsgefangenen insbesondere dann das Tragen von Anstaltskleidung ⁴⁵⁷⁾ gestatten sollte, wenn dieser freiwillig an der allgemein eingeführten Arbeit teilnimmt, bedenklich ⁴⁵⁸⁾.

Nach Nr. 54 Abs. 2 UVollzO ist der Untersuchungsgefangene verpflichtet, den Haftraum und dessen Einrichtungsge-

453) Vgl. v. Lilienthal, JW 1925 S. 1449.

454) Vgl. zur Rechtslage in der NS-Zeit Kern in: Die Grundrechte Bd. 2 S. 78.

455) Anderer Ansicht Günther S. 62; Klee, GA 1908 S. 281 fordert, daß gegenüber bestimmten Personen wie rückfälligen Bettlern und Zuhältern im Interesse der Aufrechterhaltung der Ordnung Arbeitszwang eintreten sollte.

456) Auf keinen Fall darf gegen den Untersuchungsgefangenen, der ein bestimmtes Arbeitspensum nicht erreicht hat, disziplinarisch vorgegangen werden. Vgl. Baetzgen S. 48.

457) Vgl. zur Frage, ob die Anstaltskleidung als solche die Menschenwürde verletze, Grunau, ZfStrVO 1964 S.47.

458) Vgl. über die Methoden des Zwanges, die den Untersuchungsgefangenen zur Arbeitsaufnahme bewegen sollen, Klee, GA 1908 S. 263.

genstände selbst zu reinigen. Hierin liegt ein unerlaubter Arbeitszwang⁴⁵⁹⁾. Weder der konkrete Haftzweck, noch die Ordnung der Haftanstalt machen diese Maßnahme erforderlich. Eine durch die etwa notwendig werdende Erhöhung des Personals entstehende finanzielle Mehrbelastung muß der Staat auf sich nehmen.

X. Das Eigentum des Untersuchungsgefangenen

Art. 14 GG enthält die Gewährleistung des Rechts auf Eigentum. Der Untersuchungsgefangene wird durch die Verhaftung grundsätzlich nicht in seiner durch Art. 14 GG geschützten Rechtsposition berührt. Zwar wird er durch den Freiheitsentzug in der Ausnutzung seines Eigentums tatsächlich stark behindert, diese notwendige Folge der Verhaftung liegt jedoch im Rahmen der entschädigungsfreien Eigentumsbindung. Anders ist die Rechtslage dann, wenn die Haftbehörde den Gefangenen, ohne daß dies durch den Zweck der Haft oder die Ordnung der Anstalt geboten ist, von der Benutzung seines Eigentums ausschließt. So hat das OLG Schleswig-Holstein⁴⁶⁰⁾ einem Angeklagten das Tragen seiner Armbanduhr untersagt, weil durch die Möglichkeit von Schiebereien die Anstaltsdisziplin gefährdet werde und zudem aus psychologischen Gründen die Möglichkeit einer ständigen Zeitkontrolle für einen Häftling nicht wünschenswert sei. Da der Gefahr von Schiebereien durch eine genügende Beaufsichtigung wirksam begegnet werden kann, das Argument der psychologischen Schädigung dagegen angesichts der dem Gefangenen verbleibenden Entscheidungsfreiheit rechtlich irrelevant ist, muß in dem prinzipiellen Ausschluß des Untersuchungsgefangenen von der Benutzung seines Eigentums zumindest dann ein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG gesehen werden, wenn er längere Zeit andauert⁴⁶¹⁾.

459) So Klee, GA 1908 S. 265 f.; anderer Ansicht aber Löwe-Rosenberg, Anm. IV 3 zu § 116 StPO.

460) OLG Schl.H. Beschl. v. 22.7.1953, Schl.H.A. 1953 S. 248.

461) Vgl. auch den Beschl. des OLG Schl.H. vom 21.3.1958, Schl.H.A. 1958 S. 236, wo dem Untersuchungsgefangenen ohne hinreichenden Grund die Benutzung seiner Schreibmaschine untersagt wird.

Eine bedenkliche Vorschrift stellt Nr. 45 Abs. 2 UVollzO dar. Danach werden Zeitungen und Zeitschriften, die dem Untersuchungsgefangenen abgenommen worden sind, vernichtet, falls sie sich nicht zur allgemeinen Benutzung eignen. In dieser Maßnahme liegt eine Eigentumsverletzung. Die Behörde ist verpflichtet, solche Zeitungen zur Habe des Gefangenen zu nehmen, und sie ihm bei seiner Entlassung auszuhändigen. Durch den in Nr. 45 Abs. 3 UVollzO vorgesehenen Hinweis an den Gefangenen, ihm werde die Beschaffung von Zeitungen und Zeitschriften nur dann genehmigt, wenn er dieser Maßnahme zustimme, wird die Verletzung des Art. 14 GG nicht ausgeschlossen. Eine solche Zustimmung ist rechtliche irrelevant.

Einen Verstoß gegen Art. 14 GG stellt die Vorschrift der Nr. 30 Abs. 3 UVollzO dar. Danach können unzählige Briefe, deren Annahme vom Untersuchungsgefangenen nicht verweigert wird, auf seine Kosten an den Absender zurückgesandt werden. Die Auferlegung einer solchen Zahlungspflicht ist durch nichts gerechtfertigt.

Bedenklich unter dem Gesichtspunkt des Art. 14 GG erscheint schließlich die Regelung des Nr. 43 Abs. 4 UVollzO, daß dem arbeitenden Untersuchungsgefangenen ein Rechtsanspruch auf die Aushändigung einer Arbeitsbelohnung nicht zustehe ⁴⁶²⁾. Weder Haftzwecke noch Ordnung der Haftanstalt machen diese Regelung erforderlich.

XI. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht

1. Der Verkehr mit der Außenwelt

a) Die Regelung des Besuchsverkehrs

Der Untersuchungsgefangene ist vom Verkehr mit der Außenwelt fast völlig ausgeschlossen ⁴⁶³⁾. Daß diese Beschränkung häufig psychosomatische Effekte

462) Vgl. Klee, GA 1908 S. 263; Günther S. 65; Baetzgen S. 51 f.

463) Vgl. zum Verkehr mit der Außenwelt allgemein Klee, GA 1908 S. 274 ff.; Baetzgen S. 26 ff.; Günther S. 56.

hervorrufft, ist nicht zu leugnen⁴⁶⁴⁾. Die dem Staat obliegende Fürsorgepflicht wird nicht ohne Einfluß auf die rechtliche Beurteilung der Besuchererlaubnis bleiben und zum Postulat einer möglichst freizügigen Regelung führen⁴⁶⁵⁾. Hierdurch wird zudem in dem Untersuchungsgefangenen das für eine spätere Resozialisierung bedeutsame Gefühl wachgehalten, daß er nach wie vor in die freie menschliche Gesellschaft integriert ist.

Die Anordnungen, die die UVollzO hinsichtlich der Besuchererlaubnis enthält, sind weder ausreichend, noch mit dem geltenden Recht zu vereinbaren. Gemäß Nr. 24 Abs. 1 UVollzO darf der Untersuchungsgefangene nur mit Zustimmung des Richters Besuche empfangen. Die schriftlich erteilte Besuchererlaubnis berechtigt im Normalfall zu einem Besuch von 15 Minuten Dauer⁴⁶⁶⁾. Diese Regelung geht von einem falschen Ansatzpunkt aus. Entgegen der UVollzO ist nicht die Unfreiheit, sondern die Freiheit des Untersuchungsgefangenen die Regel. Infolgedessen besteht für ihn die Möglichkeit, Besuche zu empfangen, nicht etwa als besondere Vergünstigung, sondern als ein prinzipiell durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistetes Recht, das nur unter eng begrenzten Voraussetzungen beschränkt werden darf.

Der Richter darf den Besuch des Untersuchungsgefangenen nur dann verbieten, wenn der konkrete Haftzweck gefährdet ist⁴⁶⁷⁾. Ist der Untersuchungsgefangene unter Berufung auf § 112 Abs. 3 oder 4 StPO verhaftet worden, so ist eine Gefährdung des Haftzweckes nicht denkbar. Der Besuchsverkehr ist weder geeignet, die Erregung der Öffentlichkeit

464) Vgl. hierzu die Arbeit von Ohm.

465) Vgl. OLG Bremen Beschl. v. 15.12.1962, JVB1. 1963 S. 117 zu der Frage, ob auch der Untersuchungsgefangene kurzfristig die Anstalt verlassen darf. Dies ist nach Auffassung des Gerichts nur dann möglich, wenn dem Untersuchungsgefangenen anderenfalls erhebliche Nachteile drohen.

466) Vgl. hierzu die Kritik bei Mamroth, DJZ 1925 sp. 860.

467) Der Gesichtspunkt der Ordnung der Haftanstalt kann nur zu einer Beschränkung, nicht aber zu einem prinzipiellen Verbot des Besuchsverkehrs führen. Ebenso Baetzgen S. 30.

weiter zu steigern, noch - bei genügender Beaufsichtigung - die Gefahr der Wiederholung eines Sittlichkeitsdeliktes heraufzubeschwören. Problematisch ist dagegen die Anordnung einer Besuchssperre beim Vorliegen von Fluchtgefahr. Es liegt auf der Hand, daß eine beabsichtigte Flucht durch die Gewährung von Besuchserlaubnis möglicherweise erleichtert wird. Anderenfalls zeigt die Erfahrung, daß unsere Gefängnisse so ausbruchssicher sind, daß die Durchführung eines Fluchtversuchs nur selten Erfolg hat. Es erscheint daher grundsätzlich nicht erforderlich, unter diesem Gesichtspunkt die Besuchsmöglichkeit zu unterbinden⁴⁶⁸⁾. Selbstverständlich kann der Richter im Hinblick auf einen speziell gelagerten Einzelfall eine andere Entscheidung treffen.

Somit wird im Regelfall allein das Vorliegen von Verdunkelungsgefahr zu einer Besuchssperre führen. Dem Einwand, daß eine völlige Besuchssperre in diesen Fällen nicht erforderlich sei, stehen die gesammelten Erfahrungen entgegen. Die Praxis lehrt, daß es dem intelligenten Untersuchungsgefangenen sowie dem Besucher - sei es mit Hilfe von verabredeten Geheimzeichen oder einer Geheimsprache, sei es durch das Zuschieben von Kassibern⁴⁶⁹⁾ - ohne Schwierigkeit möglich ist, die überwachende Person zu täuschen.

Die Begrenzung der Besuchserlaubnis auf die Dauer von 15 Minuten ist unberechtigt⁴⁷⁰⁾. Sicherlich macht die Aufrechterhaltung der Ordnung der Anstalt eine zeitliche Begrenzung des Besuches erforderlich. Diese kann aber nicht pauschal festgesetzt werden. Sie muß vielmehr jeweils vom

468) Vgl. Baetzgen S. 30 und Leitsatz c) d. Beschl. d. OLG Celle v. 27.2.1951, NJW 1951 S. 676. A.A. v. Lilienthal, JW 1925 S. 1449.

469) Vgl. v. Lilienthal, JW 1925 S. 1449.

470) Mamroth, DJZ 1925 Sp. 860.

Richter unter Hinblick auf den Einzelfall bestimmt werden. Bei einer geringfügigen Überschreitung der festgesetzten Zeit sollte das Aufsichtspersonal angewiesen werden, großzügig zu verfahren.

Eine dem Recht widersprechende Vorschrift stellt die Nr. 26 Abs. 2 UVollzO dar, wonach Personen unter 16 Jahren zu Besuchen nicht zugelassen werden sollen ⁴⁷¹⁾. Eine solche Maßnahme ist durch rechtliche Erwägungen nicht geboten. Der Besuch Jugendlicher beeinträchtigt generell weder den Haftzweck noch die Ordnung im Gefängnis. Eine sittliche Gefährdung des Jugendlichen ist nicht zu befürchten.

Nach Nr. 25 UVollzO soll mindestens alle 2 Wochen ein Besuch zuzulassen sein. Darüber hinaus soll die Zahl solcher Besuche unbeschränkt sein, die Rechts- oder Geschäftsangelegenheiten des Untersuchungsgefangenen betreffen, oder die sonst seinem späteren Fortkommen dienlich sind.

Der einzig rechtlich relevante Gesichtspunkt für eine Beschränkung der Zahl der Besuche ist der der Ordnung im Gefängnis. Es muß aber der in praxi üblichen, übertriebenen Rücksichtnahme auf fiskalische Erwägungen entschieden entgegengetreten werden ⁴⁷²⁾. Sicherlich macht eine häufigere Besuchsmöglichkeit eine erhebliche Vermehrung des Überwachungspersonals erforderlich, und sicherlich wäre die Verwaltung überfordert, wenn etwa in einer größeren Haftanstalt jeder Insasse täglich mehrere Besuche empfangen dürfte. Bis zu einer vernünftigen Grenze hin müssen jedoch die finanziellen Konsequenzen der Untersuchungshaft gezogen werden. Man wird eine Regelung für vernünftig hal-

471) Vgl. zur Kritik Baumann, DRiZ 1959 S. 380.

372) Baumann, DRiZ 1959 S. 380 bezeichnet Nr. 25 UVollzO als Beispiel für eine aus rein fiskalischen Gründen erfolgte Beschränkung.

ten, die den Empfang von wöchentlich 2 Besuchen gestattet. Darüber hinaus wird man mit der UVollzO fordern müssen, daß solche Besuche, die über den rein persönlichen Wert hinaus weitergehende Bedeutung für den Untersuchungsgefangenen haben, unbeschränkt zulässig sind.

Gemäß Nr. 27 UVollzO wird der Besuch vom Richter oder vom Staatsanwalt oder - wie in der Praxis regelmäßig - von einem Anstaltsbeamten überwacht. Der Beamte schreitet ein, wenn ihm die Unterredung im Hinblick auf das Strafverfahren oder mit Rücksicht auf die Ordnung und die Sicherheit in der Anstalt bedenklich erscheint ⁴⁷³⁾. Weiter ordnet Nr. 26 UVollzO an, daß der Besuch nicht mehr als 3 Personen gleichzeitig zu gestatten sei. Die Notwendigkeit einer sorgfältigen Überwachung des Besuches wird bei Vorliegen von Flucht- und Kollusionsverdacht sehr oft gegeben sein. Dagegen ist in den Fällen, in denen die Verhaftung gemäß § 112 Abs. 3 oder 4 StPO erfolgt ist, eine Gefährdung des Haftzweckes in der Regel nicht zu befürchten. Hier muß von der allgemein geübten Praxis, jeden Besuch zu überwachen, abgewichen werden. Das gilt umsomehr, als sogar bei Strafgefangenen lt. Nr. 143 Abs. 2 Dienst- und Vollzugsordnung von der regelmäßigen Besuchsüberwachung Ausnahmen gemacht werden können.

- b) Häufigkeit des Briefempfangs, Schreiberlaubnis und Erlaubnis der Abgabe von Telegrammen sowie des Führens von Ferngesprächen

Eine weitere Möglichkeit des Kontakts mit der Umwelt besteht für den Untersuchungsgefangenen im Absenden und Empfangen von Briefen, Postkarten und Telegrammen sowie im Führen von Ferngesprächen.

473) Vgl. aber die Verordnung über die Durchführung der Untersuchungshaft v. 1.8.1933, wo in übertriebener Vorsicht Kuß, Umarmung und Überreichung von Blumen verboten wurden.

Die UVollzO geht in Nr. 28 von einer unbeschränkten Schreiberlaubnis aus. Nur dann, wenn der Briefverkehr einen solchen Umfang annimmt, daß dadurch die Überwachung oder die Ordnung und die Sicherheit der Anstalt gefährdet werde, wird einer zahlen- und umfangmäßigen Beschränkung des Briefverkehrs das Wort geredet. In jedem Fall soll es dem Untersuchungsgefangenen gestattet werden, wöchentlich einen zweiseitigen Brief in DIN A 4 Format abzusenden ⁴⁷⁴⁾. Briefe, die an den Richter oder den Staatsanwalt gerichtet sind, unterliegen nach Nr. 28 Abs. 4 UVollzO keinerlei Beschränkungen.

Die dargelegte Regelung kann nicht als richtungsweisend angesehen werden. Entgegen der UVollzO ⁴⁷⁵⁾ muß auch ein grundsätzliches Verbot des Absendens und Empfangens von Briefen möglich sein, wenn andernfalls der Haftzweck gefährdet ist. Beim Vorliegen von Kollusionsgefahr bestehen für den Untersuchungsgefangenen trotz strenger Überwachung große Möglichkeiten, den Haftzweck zu vereiteln. Anders ist die Rechtslage bei den übrigen Haftgründen. Ohne Zweifel kann auch der Fluchtverdächtige durch Briefe an Außenstehende einen Fluchtversuch ins Werk setzen, aber bei der Sicherheit unserer Gefängnisse genügt bereits eine genauere Beaufsichtigung, um diese Gefahr zu bannen.

Eine zahlen- und umfangmäßige Beschränkung des Briefverkehrs ist allein aus Gründen der Sicherheit und Ordnung der Haftanstalt möglich. Mit Recht weist Baumann ⁴⁷⁶⁾ darauf hin, daß diese Begriffe von der Praxis so weit interpretiert werden, daß tatsächlich nicht mehr die unbeschränkte Schreibmöglichkeit, sondern die in Nr. 28 UVollzO angeführte Erlaubnis, jede Woche einen zweiseitigen Brief zu schreiben, die Regel sei ⁴⁷⁷⁾. Einen Be-

474) Vgl. zur Kritik Mamroth, DJZ 1925 Sp. 860 und Baumann, DRiZ 1959 S. 379.

475) Vgl. aber Nr. 63 Abs. 1 Ziff. 7 UVollzO.

476) Vgl. Baumann, DRiZ 1959 S. 380.

477) Die Klage über eine zu weitgehende Beschränkung des Briefverkehrs ist alt. Vgl. Alsberg, JW 1925 S. 1437; vgl. aber auch Grunau, DRiZ 1960 S. 396.

weis des in der Praxis weitverbreiteten, illegitimen Wunsches, die Schreibtätigkeit des Untersuchungsgefangenen soweit als möglich einzudämmen, liefert der Beschluß des OLG Köln vom 1.6.6.1953 ⁴⁷⁸⁾. In diesem Beschluß, in dem es um die Gestattung der Benutzung einer Schreibmaschine geht, führt das Gericht aus: "Haltung und Benutzung einer Schreibmaschine werden immer eine gewisse Störung der äußeren Ordnung im Gefängnis mit sich bringen. Auch der Umfang der dadurch geförderten Schreibtätigkeit kann sich durch die übersteigerten Anforderungen hinsichtlich der Briefkontrolle auf den Anstaltsbetrieb störend auswirken. Gleichwohl kann nicht immer und unter allen Umständen dem Untersuchungsgefangenen die Benutzung einer Schreibmaschine grundsätzlich untersagt werden. Die Gewährung muß aber auf alle Fälle beschränkt bleiben, in denen die Versagung dem Gefangenen schwerwiegende Nachteile bringen würde." Geht das Gericht in Verkennung der Rechtslage von einer beschränkten, statt von einer unbeschränkten Schreiberlaubnis aus, so darf man andererseits die tatsächlichen Probleme der Praxis nicht außer Acht lassen. Dieser Gefahr erliegt Baumann. Er vertritt die Ansicht, die Praxis müsse jede zeitliche und umfangmäßige Beschränkung des Briefverkehrs fallen lassen ⁴⁷⁹⁾. Die geübte Beschränkung sei letztlich nur auf den rechtlich irrelevanten Kostengesichtspunkt zurückzuführen. Dieses Argument wird der Praxis nicht gerecht.

Der Untersuchungsgefangene ist fast den ganzen Tag über mit sich und seinen Gedanken allein. Er hat naturgemäß ein Bedürfnis, all' seine Überlegungen, Sorgen und Nöten Ausdruck zu verleihen. Infolgedessen schreibt er viele Briefe, die häufig die Länge von 10 Seiten DIN A 4 überschreiten. Man stelle sich

478) OLG Köln Beschl. v. 16.6.1953, MDR 1953 S.570.

479) Baumann, DRiZ 1959 S. 380.

vor, - und dies ist bei der Zulassung eines völlig freien Briefverkehrs wahrscheinlich nicht zu hoch gegriffen - in einer großen Haftanstalt schreibe jeder dritte Häftling an jedem Tag einen solchen Brief. Hier wird zur Gewährleistung der notwendigen Kontrolle ein personeller Aufwand erforderlich, der die Grenzen dessen überschreitet, was man vom Staat fordern kann. Die Beschränkung der Schreiberlaubnis steht zudem mit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit im Einklang. Der dem Untersuchungsgefangenen zugefügte Schaden ist deshalb nicht so schwerwiegend, als es ihm unbenommen bleibt, seinen Gedanken verkürzt Ausdruck zu verleihen.

Die letztliche Entscheidung muß dem Richter überlassen bleiben. Dabei sind im Einzelfall sowohl die Kontrollmöglichkeiten der Anstalt, wie auch die besondere persönliche Situation des Betroffenen gebührend zu berücksichtigen. Vorzuschlagen wäre eine Regelung, die es dem Untersuchungsgefangenen in jedem Fall gestatten würde, alle drei Tage einen zweiseitigen Brief DIN A 4 Format zu schreiben ⁴⁸⁰⁾.

Hinsichtlich des Briefempfangs trifft Nr. 30 UVollzO eine der Schreiberlaubnis ähnliche Regelung. Grundsätzlich können Briefe unbeschränkt empfangen werden. Lediglich dann, wenn die eingehenden Briefe so zahlreich sind, daß die Überwachung gefährdet wird, soll der Briefempfang nach vorheriger Warnung eingeschränkt werden. Die überzähligen Briefe sollen auf Kosten des Gefangenen zurückgeschickt oder bis zu seiner Entlassung verwahrt werden. Diese Regelung begegnet Bedenken. Zunächst ist ebenso wie bei der Schreiberlaubnis ein grundsätzliches Verbot des Briefempfanges als zulässig anzusehen, wenn anderenfalls eine nicht behebbare Verdunkelungsgefahr besteht. Eine zahlenmäßige Be-

480) Vgl. zu dem Sonderproblem der Absendung des Briefes eines Strafgefangenen, dessen Beförderung während der Untersuchungshaft zu Unrecht verweigert wurde, jetzt aber zu Recht verweigert wird, Beschl. d. OLG Bremen vom 14.11.1957, NJW 1958 S. 472.

schränkung des Briefempfanges erscheint dagegen nicht möglich. Die Problematik liegt anders als bei der Schreiberlaubnis. Hier hat der Untersuchungsgefangene auf die Länge und Häufigkeit der Briefe keinen oder nur einen sehr geringen Einfluß. Der Richter kann zudem bei einer Kontrolle nicht ohne weiteres erkennen, welche Passagen eines betreffenden Briefes für den Untersuchungsgefangenen von Bedeutung sind. Infolgedessen ist der entstehende Schaden unverhältnismäßig groß.

Dasselbe, was über Schreiberlaubnis und Briefempfang ausgeführt wurde, gilt auch für die Abgabe und Annahme von Telegrammen, sowie für das Führen von Ferngesprächen⁴⁸¹⁾. Auch hier berechtigt allein die Kollusionsgefahr zu einem prinzipiellen Verbot, während sich Beschränkungen aus dem Gesichtspunkt der Ordnung der Anstalt ergeben können.

c) Empfang und Absendung von Paketen

Nr. 39 UVollzO versagt dem Untersuchungsgefangenen grundsätzlich die Möglichkeit des Paketempfanges, mit Ausnahme von Wäschepaketen, falls der Gefangene am Ort des Vollzugsanstalt keine Angehörigen hat. Hierbei geht die UVollzO anscheinend von der durch nichts gestützten Auffassung aus, die am Ort wohnenden Verwandten würden den Untersuchungsgefangenen in jedem Fall eher mit Wäsche versorgen, als auswärts wohnende Angehörige. Nach Nr. 39 Abs. 3 UVollzO wird das Paket in Gegenwart des Empfängers überprüft. Wie kleinlich die Praxis bei der Überprüfung vorgeht, beweist der bereits erwähnte Beschluß des OLG Oldenburg⁴⁸²⁾, in dem die in einem Paket enthaltenen Kugelschreiberminen aus Gründen der Sicherheit beschlagnahmt worden waren.

481) Vgl. zum fernmündlichen Verkehr mit dem Verteidiger Beschl. d. OLG Oldenburg vom 7.8.1963, NJW 1964, S. 215.

482) Beschl. des OLG Oldenburg vom 7.8.1963, NJW 1964 S. 215.

Das grundsätzliche Verbot des Empfanges von Paketsendungen ist rechtswidrig ⁴⁸³⁾. Weder der konkrete Haftzweck, noch die Ordnung im Gefängnis machen diese Maßnahme erforderlich. Zwar können in Paketen - die Beifügung schriftlicher Mitteilungen ist von der UVollzO zu Recht untersagt ⁴⁸⁴⁾ - Gegenstände enthalten sein, die sowohl die Kollisions- als auch die Fluchtgefahr erhöhen, jedoch ist hier die Kontrollmöglichkeit das mildere Mittel, dem vor einem Empfangsverbot der Vorzug gegeben werden muß.

Für die Absendung von Paketen durch den Untersuchungsgefangenen gilt dasselbe. Sie muß grundsätzlich gestattet werden, unterliegt aber wegen der Möglichkeit der Beifügung unerlaubter Mitteilungen einer strengen Kontrolle.

2. Die Anrede

Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet das Recht des Menschen auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit. Damit ist allen staatlichen Stellen zugleich die Verpflichtung auferlegt, alle Individualisierungsmittel, die der Einzelpersönlichkeit anhaften ⁴⁸⁵⁾, zu respektieren. Zu diesen Attributen menschlicher Individualität gehören nicht nur der Name, sondern auch die von dem Einzelnen erworbenen Titel. Art. 2 Abs. 1 GG ist beeinträchtigt, sobald der Staat im Zuge unberechtigter Nivellierung den Anspruch des Einzelnen auf Achtung der durch einen Titel ausgedrückten, individuellen, sozialen und gesellschaftlichen Stellung mißachtet. Ein solcher Tatbestand liegt vor, wenn in Befolgung der Vorschrift Nr. 19 UVollzO letzter Satz die gebräuchliche Anrede hartnäckig abgeschnitten wird.

483) So auch Löwe-Rosenberg Anm. III 5 d zu § 116.

484) Nur die Beifügung eines Inhaltsverzeichnisses ist erlaubt. Vgl. Nr. 39 Abs. 2 UVollzO.

485) Vgl. Maunz-Dürig Anm. 42 zu Art. 2 Abs. 1 GG.

Hierfür bestehen keinerlei Notwendigkeiten. Baumann hält daher die permanente Verweigerung der gebräuchlichen Anrede mit Recht für einen unter § 185 StGB fallenden Tatbestand ⁴⁸⁶⁾.

Grunau ⁴⁸⁷⁾ hält dagegen die Vorschrift der Nr. 19 UVollzO letzter Satz unter dem Gesichtspunkt der Anstaltsordnung für berechtigt. Im Anschluß an die für die Tätigkeit staatlicher Organe rechtlich irrelevante Feststellung, daß es im bürgerlichen Leben auch keinesfalls allgemein üblich sei, jeder Anrede die Amtsbezeichnung oder den Titel hinzuzufügen, und daß im freien Leben niemand so töricht sei, eine bestimmte Anrede im Rechtsweg zu erzwingen, stellt er die Behauptung auf, Nr. 19 letzter Satz UVollzO diene vornehmlich dem Schutz des Gefangenen. Dadurch, daß der Titel oder die Amtsbezeichnung des Häftlings in der Masse der Gefangenen hervorgehoben werde, sei ihm ein schlechter Dienst erwiesen. Ein solcher Untersuchungsgefangener müsse "seelisch Spießbruten laufen", da es für den "standesbewußten Ganoven" eine Lust sei, einem solchen Titelträger das Leben in der Anstalt mit höhnischen Bemerkungen schwer zu machen.

Mag diese Beobachtung Grunau's zutreffend sein, so verkennt er, daß es Rechtspflicht des Staates ist, den Untersuchungsgefangenen bei der Ausübung seiner Rechte vor Anfeindungen durch Mithäftlinge zu bewahren.

3. Erlaubnis und Beschränkung der Selbstbeköstigung

In der Regel wird der Untersuchungsgefangene auf Staatskosten verpflegt. Der Staat ist angehalten,

486) Vgl. Baumann, DRiZ 1959 S. 380, diese Vorschrift sei ein Hohn gegenüber dem Grundsatz, daß niemand vor der rechtskräftigen Verurteilung als Täter anzusehen sei.

487) Grunau, DRiZ 1960 S. 396 f.

für seine ausreichende und bekömmliche Ernährung Sorge zu tragen. Folgt diese Verpflichtung bereits aus dem in Art. 1 GG i.V.m. Art. 20 GG enthaltenen Anspruch eines jeden Menschen auf Gewährleistung des materiellen Existenzminimums⁴⁸⁸⁾, so wird sie für den Untersuchungsgefangenen dadurch potenziert, daß der Staat häufig durch die Inhaftierung den Anlaß des Wegfalls der Möglichkeit eigener Existenzsicherung gegeben hat⁴⁸⁹⁾. Neben dieser Verpflichtung des Staates bleibt es dem Gefangenen grundsätzlich unbenommen, sich Nahrungsmittel auf eigene Kosten zu beschaffen.

Die Kritik, die Möglichkeit der Selbstbeköstigung sei Beweis einer kapitalistischen Denkweise, ist nicht berechtigt. Die Selbstbeköstigung stellt sich als eine der Konsequenzen unserer Gesellschaftsordnung dar. Auch im freien Leben ist es so, daß jedermann seine Bedürfnisse und Wünsche entsprechend seiner finanziellen Situation befriedigen kann. An diesem Zustand kann in der Untersuchungshaft nichts geändert werden.

Gegen die spezielle in Nr. 50 UVollzO getroffene Regelung der Selbstbeköstigung sind erhebliche Bedenken anzumelden. Hiernach muß sich die Verpflegung im Rahmen einer vernünftigen Lebensweise halten und darf nur über eine vom Anstaltsleiter bestimmte Gastwirtschaft bezogen werden.

Zunächst erscheint es fraglich, woher das Recht des Staates abzuleiten sei, den Untersuchungsgefangenen zu einer vernünftigen Lebensweise anzuhalten⁴⁹⁰⁾. Der Untersuchungsgefangene ist prinzipiell frei und kann daher nach wie vor selbst bestimmen, wie er seine Lebensweise einrichtet. Auch das Gebot, die Speisebeschaffung nur durch einen vom Anstaltsleiter bestimmten Betrieb vornehmen zu lassen, ist unberechtigt.

488) Vgl. Maunz-Dürig Anm. 44 zu Art. 1 Abs. 1 GG.

489) Vgl. Günther S. 60.

490) Diese Ansicht beruht auf der überholten Vorstellung, die Erhaltung der Haftfähigkeit sei Zweck der Untersuchungshaft. Vgl. dazu Siegert, JW 1925 S. 929 f.

Regelmäßig darf der Gefangene selbst auswählen, von wo er seine Speise beziehen will. Nach Nr. 51 UVollzO ist es ihm gestattet, sich auf eigene Kosten Zusatznahrung und Genußmittel zu verschaffen. Diese werden entweder durch Vermittlung der Anstalt eingekauft oder selbst besorgt. Im letzten Fall unterliegen sie selbstverständlich einer Kontrolle. Zu diesen Genußmitteln zählen auch die Rauchwaren⁴⁹¹⁾.

Eine Beschränkung des Rauchgenusses ist nicht möglich⁴⁹²⁾. Selbst wenn der Konsum so stark wird, daß die Gesundheit des Gefangenen gefährdet erscheint, verbietet der Respekt vor der freien Willensentscheidung ein Einschreiten des Richters. Lediglich aus Gründen der Sicherheit, wie vornehmlich bei Feuergefahr, ist eine Einschränkung des Rauchens möglich.

Nr. 51 UVollzO verbietet grundsätzlich den Alkoholgenuß unter Hinweis auf Ordnung und Sicherheit der Anstalt⁴⁹³⁾. Klee⁴⁹⁴⁾ glaubt, es sei klüger, den "lokalen Volkstrinkgewohnheiten" Rechnung zu tragen, andererseits habe aber der Staat wie jeder sonstige Privatmann das Recht, seine Haushaltungen so einzurichten, wie er es für angemessen halte. Es handele sich hier nicht um die Frage, ob die Abstinenzbewegung heilsam sei, sondern um das auch dem Staat zustehende Recht, die unter seiner Leitung befindlichen Wirtschaftsbetriebe nach den von ihm als vernünftig anerkannten Grundsätzen einzurichten. Diese Ausführungen Klee's gehen fehl. Der Staat ist, soweit es die Untersuchungshaft angeht, nicht mit einem Privatmann gleichzustellen. Er hat den Untersuchungsgefangenen aus Gründen des öffentlichen Interesses der Freiheit beraubt. Eine über den Freiheitsentzug hinausgehende Begrenzung seiner Grundrechte ist nur dann möglich,

491) Vgl. Nr. 51 Abs. 3 UVollzO.

492) So Kern in: Die Grundrechte, Bd. 2 S. 78. Gegen jegliche Kontigentierung der Rauchwaren Arndt, NJW 1964 S. 855.

493) Zustimmend Löwe-Rosenberg Anm. IV 5 zu § 116 StPO.

494) Klee, GA 1908 S. 267 f.

wenn die Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit gewahrt sind. Es ist nun einleuchtend, daß schrankenloser Alkoholgenuß die Ordnung in der Anstalt zerstören würde. Diese Gefahr berechtigt jedoch nicht zu einem absoluten Alkoholverbot ⁴⁹⁵⁾. Das Recht des Untersuchungsgefangenen, Genußmittel zu konsumieren, darf nicht in größerem Umfange begrenzt werden, als unbedingt erforderlich ist. Ein vernünftiges Maß dürfte etwa dann erreicht sein, wenn man jedem Gefangenen täglich den Genuß von einem halben Liter Wein oder einer entsprechenden Menge anderer alkoholischer Getränke gestattete. Allerdings müßte durch strenge Kontrolle einem etwaigen Handel unter den Gefangenen vorgebeugt werden.

4. Freiheit der Arztwahl und Gesundheitspflege

Die Gesundheit des Untersuchungsgefangenen zu pflegen und zu schützen, ist nicht nur moralische, sondern auch rechtliche Verpflichtung des Staates. Der Schutz der menschlichen Gesundheit ist in kritischen Situationen nicht ohne Hinzuziehung ärztlich geschulter Fachkräfte möglich. Dementsprechend bestimmt Nr. 56 UVollzO, daß die gesundheitliche Betreuung dem Anstaltsarzt obliege ⁴⁹⁶⁾. Mit Zustimmung des Richters und nach Anhören des Anstaltsarztes könne es dem Untersuchungsgefangenen gestattet werden, auf eigene Kosten einen selbstgewählten Arzt hinzuzuziehen. Dieser darf allerdings nach dem Wortlaut der UVollzO lediglich beratende Tätigkeit ausüben. Großzügiger zeigt sich die UVollzO bei der zahnärztlichen Betreuung. Hier gestattet sie auch die behandelnde Tätigkeit.

495) Vgl. Kern in: Die Grundrechte, Bd. 2 S. 78; vgl. auch v. Lilienthal, JW 1925 S. 1449.

496) Vgl. zum Anspruch des Gefangenen auf die erforderliche Behandlung Beschl. des OLG Hamburg vom 11.7.1963, NJW 1963 S. 2388. Stürzbecher, ZfStrVO 1961 S. 355 klagt über mangelnde Zusammenarbeit zwischen Anstaltsmedizinern und Juristen.

Ebermayer ⁴⁹⁷⁾ hält diese Regelung für angemessen. In den Gefängnissen stehe allenthalben ein ausreichend geschultes ärztliches Personal zur Verfügung, so daß der Gefangene immer die erforderliche Behandlung und Pflege finde. Weniger Vertrauen zu den Anstaltsärzten legt Klefisch ⁴⁹⁸⁾ an den Tag. Er glaubt, die Entscheidung über das Vorliegen einer gefährlichen Krankheit dürfe nicht allein ihnen überlassen bleiben, sondern müsse in Übereinstimmung mit einem freigewählten Arzt getroffen werden ⁴⁹⁹⁾. Diese Vorschläge verkennen ebenso wie die UVollzO die tatsächlich gegebene Rechtslage.

Die Beschränkung der Freiheit der Arztwahl ist weder dem Haftzweck noch der Sicherheit oder der Ordnung der Anstalt dienlich. Zwar mag im Einzelfalle die Zuziehung eines freigewählten Arztes eine besondere Überwachung notwendig werden lassen, dies stellt jedoch eine durchaus zumutbare Belastung dar, zumal auch ein lediglich beratender Arzt überwacht werden müßte. Die in der UVollzO getroffene Beschränkung der Arztwahl läßt zudem die neueren psychotherapeutischen Erkenntnisse außer Acht. Mag es der Wahrheit entsprechen, daß die Anstaltsmediziner in ihrer fachlichen Qualität hinter keinem anderen Arzt zurückstehen, so weiß man heute, daß nicht allein das Fachwissen, sondern auch das zwischen Arzt und Patienten bestehende Vertrauensverhältnis für den Erfolg einer Heilbehandlung mitentscheidend ist. Ein solches Vertrauensverhältnis ist jedoch durch die Freiheit der Arztwahl bedingt. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang ein Beschluß des OLG Schleswig-Holstein ⁵⁰⁰⁾, in dem das Gericht mit Recht die Zuziehung eines freigewählten Zahnarztes weder von einem Bedürfnis abhängig macht, noch den Einwand gelten läßt, es werde eine besondere Überwachung erforderlich. Was das Gericht für die Zuziehung eines Zahnarztes anordnet, muß erst recht für die Zuziehung eines Allgemeinmediziners gelten.

497) Ebermayer, JW 1925 S. 1444 f.

498) Klefisch, JW 1925 S. 1450.

499) Stürzbecher, ZfStrVO 1961 S. 355 weist auf die wichtige Erfahrung der Anstaltsmediziner gegenüber Simulationen der Gefangenen hin.

500) Vgl. Beschl. des OLG Schleswig-Holstein v. 28.9. 1953, Schl.H.A. 1954 S. 26.

Dem Untersuchungsgefangenen muß daher die freie Wahl eines behandelnden Arztes gestattet werden ⁵⁰¹⁾. Eine erforderliche Krankenhausbehandlung findet - wenn möglich - in anstaltseigenen Räumen statt, jedoch ist auch hier das Tätigwerden eines freigewählten Arztes zu ermöglichen.

Zu erwägen ist, ob man nicht auch Minderbemittelten die freie Arztwahl zubilligen und der Staatskasse die Kosten auferlegen sollte. Eine entsprechende Regelung ist wünschenswert.

Schwierige Rechtsprobleme treten auf, wenn der Gefangene eine erforderliche Behandlung ablehnt. Darf hier der Staat gegen seinen Willen in die körperliche Unversehrtheit eingreifen und eine Zwangsbehandlung durchführen ⁵⁰²⁾? Das ist nach den bisherigen Feststellungen nur zulässig, wenn die Zwangsbehandlung einer Gefährdung von Haftzweck oder Anstaltsordnung wirksam vorbeugt. Das Kammergericht ⁵⁰³⁾ läßt es in einem Beschluß vom 15. August 1958 dahingestellt, ob die Beeinträchtigung der Gesundheit des Häftlings - wie die Vorinstanz annimmt - eine Gefährdung der Anstaltsordnung bedeutet. Jedenfalls nimmt es an, daß die gesundheitliche Fürsorge dem Haftzweck diene. Dieser umfasse auch die Gesunderhaltung des Häftlings im Interesse der Wahrung seiner Haftfähigkeit, von welcher wiederum die ungehinderte gerichtliche Untersuchung und gegebenenfalls die Strafvollstreckung abhängig sei. Aus diesem Grunde könne einem gesundheitlich Geschwächten wegen der Gefahr übermäßiger Kräftebeanspruchung die Erlaubnis zur Benutzung einer Schreibmaschine versagt werden ⁵⁰⁴⁾. Die Entscheidung dieses Falles sollte zu denken geben. Tatsächlich bedeutet es eine unzulässige Ausdehnung des Haftzweckes und

501) Ebenso Löwe-Rosenberg Anm. V 6a zu § 116.

502) Nach Löwe-Rosenberg Anm. V 6 b ist Zwangsbehandlung zulässig bei Lebens- und Seuchengefahren.

503) Vgl. Beschl. d. KG. vom 15.8.1958, JR 1958 S.470.

504) Die Benutzung einer Schreibmaschine gefährdet nicht die Anstaltsordnung. Vgl. hierzu Beschl. des OLG Schleswig-Holstein vom 21.3.1958, Schl. HA. 1958 S. 236.

einen Rückfall in längst überholte Auffassungen⁵⁰⁵⁾, wenn man die Erhaltung der Haftfähigkeit als Aufgabe der Untersuchungshaftbehörde betrachtet. Die Durchsetzung des staatlichen *ius puniendi* darf nicht um jeden Preis verfolgt werden. Sie muß vor der freien Entscheidung des Gefangenen über Art und Weise der Erhaltung seiner Gesundheit Halt machen. Solange nicht der konkrete Haftzweck oder die Ordnung der Anstalt gefährdet sind, besteht kein Recht des Staates, die Haftfähigkeit des Gefangenen gegen dessen Willen zu erhalten. Damit wird auch die Vorschrift der Nr. 55 Abs. 1 UVollzO hinfällig, die dem Gefangenen die Teilnahme am täglichen Spaziergang verpflichtend auferlegt⁵⁰⁶⁾.

Allerdings können Maßnahmen zur Erhaltung der Gesundheit aus Gründen der Ordnung der Anstalt angeordnet werden. Da der Staat eine Fürsorgepflicht auch gegenüber den Mithäftlingen hat, wird die Ordnung der Anstalt durch eine Gesundheitsgefährdung des Einzelnen immer dann bedroht, wenn diese auch die übrigen Haftinsassen gefährdet. So wird insbesondere bei ansteckenden Krankheiten, sowie aus Gründen der Hygiene ein zwangsweises Vorgehen der Anstaltsleitung gegen Untersuchungsgefangene zu befürworten sein. Diese Auffassung hält sich in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung, die z.B. die zwangsweise Untersuchung des Gefangenen auf Filzlausbefall⁵⁰⁷⁾, das Zwangsbaden⁵⁰⁸⁾, und das zwangsweise Scheren der Barttracht⁵⁰⁹⁾ für berechtigt hält.

Rechtlich am schwierigsten stellen sich die Fälle dar, in denen ohne zwangsweises Eingreifen des Staates das Leben des Untersuchungsgefangenen bedroht ist, wie

505) Vgl. Siegert, JW 1925 S. 929 f.; vgl. zur Kritik Alsberg, JW 1925 S. 1437.

506) Vgl. hierzu Beschl. d. OLG Hamburg v. 29.1.1959, NJW 1959 S. 903.

507) Vgl. die bei Altenhain, JVB1. 1964 S. 155 erwähnte Entscheidung des OLG Saarbrücken.

508) So Altenhain, JVB1. 1964 S. 155.

509) OLG Frankfurt/M. Beschl. vom 15.4.1964 zitiert bei Altenhain, JVB1. 1964 S. 155.

beispielsweise bei einem Hungerstreik⁵¹⁰⁾. Ein im Hungerstreik befindlicher Gefangener gefährdet weder den konkreten Haftzweck, noch die Ordnung im Gefängnis. Dennoch wird man dem Staat nicht zumuten können, einem solchen Verhalten tatenlos zuzusehen, sondern ihm das Recht und darüber hinaus die Pflicht zur Zwangsernährung zubilligen müssen⁵¹¹⁾. Der Untersuchungsgefangene kann sich gegenüber einer solchen Maßnahme nicht auf das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit berufen. Der Hungerstreik stellt eine zwar straffreie, aber dennoch sittenwidrige Selbstschädigung dar. Ein Grundrecht kann aber niemals zur Stützung von Verhaltensweisen herangezogen werden, die gegen die guten Sitten verstoßen⁵¹²⁾.

Grundsätzlich anders ist die Möglichkeit des Zwanges staatlicher Stellen gegenüber dem Gefangenen zu beurteilen, der die Einwilligung in eine zur Lebensrettung erforderliche Operation verweigert. Im Gegensatz zur Zwangsernährung wird durch Vornahme einer solchen Operation der Untersuchungsgefangene nicht gezwungen, sein Leben zu erhalten, sondern, da jede Operation potentiell gefährlich ist, es aufs Spiel zu setzen⁵¹³⁾. Die Verweigerung der Einwilligung in eine solche Operation kann daher nicht als sittenwidrig bezeichnet werden. Da durch sie weiterhin weder der Zweck der Haft noch die Ordnung der Anstalt gefährdet werden, muß der Staat den freien Willensentschluß der Gefangenen respektieren⁵¹⁴⁾. Davon kann auch nicht - wie Günther⁵¹⁵⁾ meint - für den Fall eine Ausnahme gemacht werden, daß der Eintritt eines raschen Todes ohne Vornahme der Operation nach ärztlichem Urteil sicher ist.

510) Vgl. allgemein zur Abwendung von Selbstmordgefahr beim Untersuchungsgefangenen Glaubrecht, ZfStrVO 1961 S. 248 ff.

511) Ebenso Röhl, JZ 1954 S. 65 und Günther S. 60, der fälschlich den Haftzweck für gefährdet ansieht. Mit besserer Begründung Lobe-Alsberg Ann. III 1 zu § 116; vgl. auch Baetzgen S. 54 f.

512) Vgl. Art. 2 Abs. 1 GG: "Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht ... gegen das Sittengesetz verstößt".

513) So Günther S. 61.

514) So auch Baetzgen S. 56.

515) Günther S. 61.

5. Ausstattung und Beleuchtung des Haftraumes

Der Untersuchungsgefangene kann verlangen, in einem hinreichend großen und genügend eingerichteten Haft-
raum untergebracht zu werden. Leider setzt die be-
schränkte Finanzkraft des Staates diesem Verlangen
allzu oft enge Grenzen. Immerhin sieht Nr. 54 Abs. 1
UVollzO vor, daß dem Untersuchungsgefangenen Haft-
räume zugewiesen werden, die größer und besser ausge-
stattet sind, als die Zellen der Strafgefangenen ⁵¹⁶⁾.

Neben der normalen Zelle kennt die UVollzO (Nr. 63
Abs. 1 Nr. 9) den ausbruchssicheren Haftraum und sol-
che Zellen, aus denen alle Gegenstände entfernt sind,
mit denen der Gefangene sich oder anderen Schaden
zufügen könnte ⁵¹⁷⁾. Während das Verbringen besonders
fluchtverdächtiger Häftlinge in ausbruchssichere Zel-
len als vom Haftzweck gedeckt anzusehen ist, sollte
die Unterbringung in einer Beruhigungszelle nur für
ein kurzes Übergangsstadium angeordnet werden. Regel-
mäßig wird es sich hier um Fälle handeln, die einer
Einweisung in psychiatrische Anstalten bedürfen ⁵¹⁸⁾.

Gegen eine Ausstattung des Haftraumes mit eigenen Ge-
genständen, wie sie auch Nr. 53 Abs. 1 UVollzO vor-
sieht, bestehen grundsätzlich keine Bedenken. So kann
der Gefangene seine Zelle mit eigenen Bildern aus-
schmücken ⁵¹⁹⁾, eigene Kleinmöbel etc. aufstellen.
Die Möglichkeit, eigene Bettwäsche zu benutzen, wird
in Nr. 52 Abs. 1 UVollzO besonders genannt. Bei der
Ausstattung der Zelle mit eigenen Gegenständen ist
darauf zu achten, daß hierdurch weder eine Erhöhung
der Fluchtgefahr eintritt noch die Möglichkeit be-

516) Vgl. aber zur Praxis Baetzgen S. 23; vgl. auch
Marx S. 458 f.

517) Vgl. hierzu Müller, ZfStrVO 1954 S. 181 f.; vgl.
auch Thesinga, ZfStrVO 1954 S. 344 ff.

518) Auch Thesinga, ZfStrVO 1964 S. 344 hält die Be-
ruhigungszelle für die ultima ratio. Vorher müsse
eine pädagogische und psychotherapeutische Beein-
flussung erfolgen. Bei der Lektüre des Aufsatzes
von Müller, ZfStrVO 1954 S. 181 f. gewinnt man
jedoch den Eindruck, daß die Beruhigungszelle
primär die Arbeit des Anstaltspersonals erleich-
tern solle.

519) Vgl. Marx S. 463.

steht, daß solche Gegenstände an Strafgefangene gelangen, die durch Betreibung eines Handels die Ordnung der Anstalt gefährden.

Bedenklich erscheint die in der UVollzO getroffene Regelung der Beleuchtung der Haftzelle. Nach Nr. 54 Abs. 3 UVollzO wird sie einheitlich ein- und ausgeschaltet. Dabei gilt es als besondere Vergünstigung, wenn dem Untersuchungsgefangenen die Beleuchtung über die vorgeschriebene Zeit hinaus gestattet wird ⁵²⁰⁾. Hier muß die Praxis endlich zur Grundrechtstreue gezwungen werden. Eine Abschaltung des Lichtes ließe sich allein aus dem Gesichtspunkt der Ordnung der Anstalt rechtfertigen. Sobald die Untersuchungsgefangenen jedoch in Einzelzellen untergebracht sind, und damit die Möglichkeit entfällt, daß das Licht andere stört, besteht keinerlei Grund, für die erwähnte Beschränkung. Die Möglichkeit, daß der Gefangene von der Beleuchtungsmöglichkeit übertriebenen Gebrauch macht, indem er etwa die ganze Nacht lesend verbringt, berechtigt jedenfalls nicht zur Abschaltung des Lichts ⁵²¹⁾. Die Entscheidung über den zeitlichen Umfang der Nachtruhe muß dem Gefangenen selbst überlassen bleiben. Auch der Einwand, dem Staat entstünden erhöhte Stromkosten, hat zu wenig Gewicht, um eine andere Regelung als sachgerecht erscheinen zu lassen. Bei der Unterbringung in Gemeinschaftszellen ist dagegen mit Rücksicht auf die Mitgefangenen eine andere Regelung erforderlich. Hier sollte die Beleuchtung bis 22.00 Uhr eingeschaltet bleiben.

520) Vgl. zur Kritik hieran Mamroth, DJZ 1925 Sp. 860; vgl. auch Klee, GA 1908 S. 266.

521) v. Lilienthal, JW 1925 S. 1449 verlangt, daß auch eine frei gewählte Beschäftigung durch Gewährung von Licht nach Bedarf gefördert werde.

6. Persönliche Durchsuchung des Untersuchungsgefangenen und seiner Habe

Nach Nr. 16 UVollzO werden die Untersuchungsgefangenen und ihre Habe bei der Aufnahme in die Haftanstalt sorgfältig durchsucht. Weibliche Gefangene sollen in Abwesenheit männlicher Personen kontrolliert werden. Die körperliche Durchsuchung des Gefangenen sowie seiner Habe kollidiert mit der durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten freien Entfaltung der Person. Soweit die Durchsuchung eines wegen Fluchtgefahr in Haft genommenen Gefangenen angeordnet wird, erscheint diese Maßnahme jedoch aus Gründen der Gewährleistung des konkreten Haftgrundes als notwendig. Bei einem solchen Gefangenen liegt die Befürchtung nahe, daß er durch Einschmuggeln von Ausbruchswerkzeugen eine beabsichtigte Flucht vorbereitet. Soweit gemäß § 112 Abs. 2 Nr. 3 oder Abs. 4 und 5 StPO in Haft genommene Personen durchsucht werden, greift der Gesichtspunkt der Ordnung und Sicherheit der Haftanstalt ein. Es muß die naheliegende Möglichkeit ausgeschaltet werden, daß diese Personen Fluchtwerkzeuge oder Nachrichten in das Gefängnis einschmuggeln und dadurch bereits inhaftierten Personen unerlaubte Unterstützungshandlungen leisten.

Nach Nr. 61 UVollzO ist auch eine spätere Untersuchung des Untersuchungsgefangenen und seines Haftraumes jederzeit möglich. Diese Regelung ist rechtmäßig. Sie trägt den Erfordernissen der Praxis Rechnung. In den Haftanstalten besteht immer die Gefahr, daß Nachrichten oder Gegenstände ausgetauscht werden, um einen Fluchtversuch oder eine Kollusionstätigkeit zu unterstützen. Daher ist dem Richter die Möglichkeit zuzubilligen, jederzeit eine Durchsuchung anzuordnen.

7. Unmittelbarer Zwang

Nach Nr. 72 Abs. 1 UVollzO darf gegen einen Untersuchungsgefangenen unmittelbarer Zwang nur dann ausgeübt werden, wenn es zur Wahrung der Ordnung und Sicherheit der Haftanstalt unbedingt erforderlich ist. Unter unmittelbarem Zwang ist jede Einwirkung auf Personen oder Sachen durch einfache körperliche Gewalt, Hilfsmittel der körperlichen Gewalt oder Waffengebrauch zu verstehen⁵²²⁾. § 119 Abs. 5 StPO trifft für die Fesselung besondere Anordnung⁵²³⁾.

Die Anwendung unmittelbaren Zwanges gegen den Untersuchungsgefangenen darf bei einer Gefährdung des Haftzweckes oder der Anstaltsordnung verfügt werden⁵²⁴⁾. Der unmittelbare Zwang ist als Eingriff in die persönliche Integrität so schwerwiegend, daß er eine besonders schwerwiegende Gefährdung voraussetzt. Die Verhängung dieser Maßnahme darf weiterhin durch kein milderes Mittel ersetzt werden können. Dieser Gesichtspunkt ist auch bei der Auswahl der Maßnahmen unmittelbaren Zwangs, die sich vom einfachen Festhalten bis zum Waffengebrauch erstrecken, zu beachten. Soll die Anwendung unmittelbaren Zwanges gegen eine Menschenansammlung, etwa gegen revoltierende Gefangene verfügt werden, so ist eine solche Maßnahme nur dann rechtmäßig, wenn die Anwendung unmittelbaren Zwanges gegen einzelne Teilnehmer der Ansammlung offensichtlich erfolglos ist⁵²⁵⁾. In jedem Fall muß diese Maßnahme, wenn die Umstände es erlauben, vorher angedroht werden⁵²⁶⁾.

Für den Schußwaffengebrauch als intensivstes Mittel des unmittelbaren Zwanges gelten in Baden-Württemberg

522) Vgl. zum Begriff § 33 Abs. 1 Polizeigesetz Baden-Württemberg vom 21.11.1955 Gesetzblatt S. 249.

523) § 119 Abs. 5 StPO geht den Polizeigesetzen der Länder nach Art. 31 GG vor. Das Problem der Fesselung wird unten gesondert behandelt.

524) Vgl. § 34 Abs. 1 Polizeigesetz Baden-Württemberg.

525) Vgl. § 34 Abs. 1 Satz 4 Polizeigesetz Baden-Württemberg.

526) So § 34 Abs. 2 Polizeigesetz Baden-Württemberg.

die Vorschriften der §§ 35 ff. Polizeigesetz. Diese Maßnahme ist abgesehen vom Fall der Notwehr und des Notstandes nur zulässig, wenn bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen für die Anwendung des unmittelbaren Zwanges der Schußwaffengebrauch als das einzige Mittel erscheint, um die Ausführung oder Fortsetzung einer mit Strafe bedrohten Handlung, die sich den Umständen nach als ein Verbrechen oder Vergehen darstellt, zu verhindern; weiterhin dann, wenn sie zur Vereitelung der Flucht oder zur Wiederergreifung eines Untersuchungsgefangenen unbedingt erforderlich ist. Auch in diesem Falle bleibt die Verwendung unzulässig, wenn die Wahrscheinlichkeit der Gefährdung unbeteiligter Personen besteht ⁵²⁷⁾.

8. Maßnahmen bei erhöhter Verdunkelungsgefahr

Die Gefahr von Verdunkelungshandlungen ist zwar durch den Abschluß des Untersuchungsgefangenen von der Umwelt erheblich verringert, doch bleiben diesem auch während des Vollzugs der Haft zahlreiche Möglichkeiten, Kollusionshandlungen durchzuführen ⁵²⁸⁾. Einmal kann er auf den Verbindungswegen Kontakt mit der Umwelt aufnehmen, die ihm trotz seiner Inhaftierung weiterhin offenstehen. Hier sind vornehmlich der Brief-, Paket- und Besuchsverkehr zu nennen. Sodann ist es für ihn oft nicht schwer, durch die Vermittlungstätigkeit anderer Gefangener Nachrichten an die Außenwelt gelangen zu lassen. Umgekehrt kann ein Außenstehender, dem die direkte Kontaktaufnahme zum Untersuchungsgefangenen mißlingt, versuchen, eine Verbindung zu ihm über seine Mithäftlinge herzustellen. Diesen Methoden muß ein Riegel vorgeschoben werden. Dementsprechend enthält Nr. 60 UVollzO einen Katalog von Maßnahmen, die der Richter bei besonderer Verdunkelungsgefahr anordnen soll. Die grundsätzliche Berechtigung solcher Maßnahmen kann nicht bezweifelt werden. Fraglich kann

527) Zum Schußwaffengebrauch gegenüber revoltierenden Gefangenen vgl. § 37 Polizeigesetz Baden Württemberg.

528) Vgl. v. Lilienthal, JW 1925 S. 1449.

nur sein, ob die einzelnen Vorschläge der UVollzO sich im Rahmen des Prinzips der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit halten.

Nr. 60 Abs. 2 Ziff. 1 UVollzO sieht die Anordnung strenger Einzelhaft vor, in der der Untersuchungsgefangene von den übrigen Mitgefangenen hermetisch abgeschlossen ist und zudem einer besonders scharfen Bewachung unterliegt. Diese Maßnahme ist berechtigt, wenn andernfalls nicht auszukurierende Befürchtungen bestehen, daß der Untersuchungsgefangene unerlaubte Kontakte aufnimmt ⁵²⁹⁾.

Nr. 60 Abs. 2 Nr. 2 UVollzO kennt die Beschränkung des Verkehrs mit der Außenwelt, die von einer Besuchs- und Paketsperre bis zu einem völligen Abschluß von der Außenwelt reichen kann. Gleichzeitig kann ein Verbot der Benutzung anstaltseigenen Lesestoffes erlassen werden. Diese Maßnahmen begrenzen das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit so weitgehend, daß ihre Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit einer besonders strengen Prüfung bedürfen. Ein völliger Abschluß des Gefangenen von der Außenwelt darf jedenfalls nur dann herbeigeführt werden, wenn die Bedeutung des Delikts, dessen er verdächtig ist, die Verhängung einer so einschneidenden Maßnahme angemessen erscheinen läßt ⁵³⁰⁾. Der Verfolgungsbehörde erwächst in einem solchen Falle die gesteigerte Pflicht, die erforderlichen Ermittlungen so schnell wie nur eben möglich zu führen. Jede verschuldete Verzögerung macht die Fortführung der erwähnten Maßnahme rechtswidrig.

Nr. 60 Abs. 2 Nr. 3 UVollzO gestattet beim Vorliegen besonderer Verdunkelungsgefahr die Versagung und Entziehung des Rechts auf Selbstbeköstigung. Eine dieser Vorschriften der UVollzO entsprechende richterliche ist jedoch im Regelfall wegen Verstoßes gegen das Prinzip der Erforderlichkeit rechtswidrig. Wird gemäß Nr. 50

529) Vgl. zur Auswirkung auf den Gefangenen Marx S. 457.

530) Bedenken, daß hierin eine Vorwegnahme des richterlichen Urteils liege, müssen zurücktreten.

Abs. 2 UVollzO die Verpflegung aus einem vom Anstaltsleiter bestimmten Wirtschaftsbetrieb bezogen, so ist damit regelmäßig die Kollusionsgefahr ausgeschaltet, es sei denn, der Einzelfall gebiete eine andere Beurteilung. Dagegen wird das Verbot, sich von einem selbstgewählten Restaurationsbetrieb versorgen zu lassen, rechtmäßig sein. Hier besteht die ernstzunehmende Gefahr, daß der Untersuchungsgefangene diese Möglichkeit zu einer Kollusionstätigkeit ausnutzt.

Nr. 60 Abs. 2 Nr. 4 UVollzO hält eine Anordnung für rechtmäßig, die dem Untersuchungsgefangenen die Benutzung eigener Kleidung ⁵³¹⁾, Wäsche und eigenen Bettzeuges und den Gebrauch von Stücken seiner Habe verbietet. Diese Maßnahme kann zur Verhinderung einer Verdunkelungshandlung notwendig werden. Selbst einer noch so sorgfältigen Kontrolle entgehen oft Kassiber und geheime Mitteilungen, die in den Dingen der persönlichen Habe des Gefangenen versteckt sind. Dieser Gefahr muß die Strafverfolgungsbehörde wirksam entgegentreten können.

Schwerwiegenden Bedenken begegnet die Vorschrift der Nr. 60 Abs. 2 Nr. 5 UVollzO. Sie sieht eine Beschränkung der Bewegung im Freien sowie im Anschluß an die Konsultation des Anstaltsarztes sogar den Ausschluß des Gefangenen vom täglichen Spaziergang für eine gewisse Zeit vor. Das OLG Hamburg ⁵³²⁾ ist der Auffassung, die Ordnung im Gefängnis lasse es nicht zu, dem Untersuchungsgefangenen die Bewegung im Freien in wünschenswertem Umfang zu gestatten. Ist diese Auffassung bereits fragwürdig, so muß die Häufigkeit und die Dauer der dem Untersuchungsgefangenen zu gestattenden Bewegung im Freien auf jeden Fall nach den Anforderungen bemessen werden, die aus gesundheitlichen Gründen zu stellen sind. Mit Recht hält das OLG Ham-

531) Die Anstaltskleidung als solche und der Zwang sie zu tragen, bedeuten keine Verletzung der Menschenwürde. Vgl. hierzu die bei Grunau, ZfStrVO 1964 S. 47 zitierten unveröffentlichten Entscheidungen.

532) Vgl. OLG Hamburg Beschl. vom 29.1.1959, NJW 1959 S. 903.

burg die in Nr. 55 Abs. 2 genannte halbstündige Spazierzeit für eine Grenze, die nicht unterschritten werden dürfe. Das gilt im Hinblick auf die Bedeutung des Grundrechts der körperlichen Unversehrtheit auch gegenüber einem solchen Untersuchungsgefangenen, der besonders kollusionsverdächtig ist. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit verlangt hier einen Vorrang der Gesundheit des Häftlings gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs. Zudem bestehen erhebliche Zweifel an der Erforderlichkeit eines solchen Ausgehverbotes. Es bereitet wenig Schwierigkeiten, den Untersuchungsgefangenen beim Spaziergang von seinen Mithäftlingen getrennt zu halten und damit Verdunkelungshandlungen zu verhindern.

9. Besondere Sicherungsmaßnahmen

Die UVollzO zählt in Nr. 63 einen Katalog von Maßnahmen auf, die verfügt werden sollen, wenn das frühere Verhalten des Gefangenen, die Beurteilung seiner Gesamtpersönlichkeit oder die seines augenblicklichen, seelischen Zustandes die Anordnung besonderer Sicherheitsvorkehrungen notwendig erscheinen lassen⁵³³⁾. Eine solche Notwendigkeit kann sich nach Ansicht der UVollzO bei erhöhtem Fluchtverdacht, bei der Gefahr der Begehung von Gewalttaten gegen Sachen und Personen, bei Selbstmordverdacht sowie bei der Gefahr einer Selbstschädigung ergeben.

Es ist zuzugeben, daß die gewöhnlichen, im Untersuchungshaftvollzug erfolgenden Maßnahmen nicht immer ausreichen, um eine bestehende Fluchtgefahr zu bannen oder Sicherheit und Ordnung der Haftanstalt zu gewährleisten. Auch der Gefahr einer sittenwidrigen Selbstschädigung, die - wie bereits dargelegt - nicht in jedem Falle die Anstaltsordnung berührt, muß wirksam begegnet werden können. Die UVollzO läßt jedoch

533) Günther S. 92 äußert sich zu den möglichen Sicherungsmaßnahmen allgemein zustimmend.

eine detaillierte Regelung darüber, wann die einzelnen aufgezählten Maßnahmen jeweils angeordnet werden können, vermissen.

Die verstärkte Durchsuchung ⁵³⁴⁾ des Gefangenen selbst, seiner persönlichen Habe und seines Hafttraumes (vgl. Nr. 63 Abs. 1 Nr. 1 UVollzO) wird bei Vorliegen einer der oben aufgeführten Gefahren angemessen sein. Sie dient vornehmlich zur Auffindung von Werkzeugen, die einem Fluchtversuch, einem Selbstentleibungsversuch oder einer sonstigen Gewalttat dienlich sein könnten.

Eine verstärkte Beobachtung des Gefangenen bei Nacht verbunden mit abgeschirmter Dauerbeleuchtung des Hafttraumes, wie sie Nr. 63 Abs. 1 Ziff.2 UVollzO vorsieht, ist nur bei akuter Gefahr eines Selbstmordes oder einer sittenwidrigen Selbstschädigung möglich. Erfahrungsgemäß finden die Gefangenen immer wieder neue Methoden und Wege, um einen solchen Plan zu realisieren ⁵³⁵⁾. Hier muß die angeführte Beeinträchtigung im Hinblick auf den hohen Wert des gefährdeten Rechtsgutes als verhältnismäßig angesehen werden. Andererseits kann eine solche Maßnahme auf die Dauer eine schwere physische oder psychische Störung hervorrufen. Weder erhöhter Fluchtverdacht, noch die Gefahr der Begehung einer Gewalttat lassen die Anordnung einer solchen Maßnahme zu. Die Fluchtgefahr kann bereits durch Unterbringung in einer ausbruchssicheren Zelle beseitigt werden. Die Gefahr von Gewalttaten gegen Sachen rechtfertigt die erwähnte Maßnahme deshalb nicht, weil der Wert der für den Gefangenen erreichbaren Gegenstände nicht sehr hoch ist. Zu denken wäre allenfalls an die Gefahr einer Brandstiftung. Jedoch kann sie bereits durch eine verstärkte Beobachtung der unbeleuchteten Zelle gebannt werden. Dasselbe gilt bei der Möglichkeit der Begehung von Gewalttaten gegen Personen. Es ist ohnehin selbstverständlich, daß ein gefährlicher Untersuchungsgefangener

534) Wie schwierig eine solche Suche sein kann, zeigt der im Beschl. d. LG Frankfurt/M. v. 14.9.1964, ZfStrVO 1965 S. 51 erwähnte Fall, in dem ein eingeschmuggeltes Radiogerät erst nach mehrtägiger Suche gefunden werden konnte.

535) Vgl. zur Abwendung der Selbstmordgefahr Glaubrecht, ZfStrVO 1961 S. 248 ff.

nicht in einer Gemeinschaftszelle untergebracht werden darf. Damit wird die erwähnte Gefahr erst dann akut, wenn der Gefangene mit anderen Menschen zusammenkommt. Es genügt daher, wenn sich die Aufmerksamkeit des Bewachungspersonals auf diesen Moment konzentriert.

Als angemessene Maßnahme wird man das in Nr. 63 Abs. 1 Nr. 3 UVollzO vorgesehene Verbot der Arbeit mit gefährlichen Werkzeugen ansehen müssen. Solche Werkzeuge können geeignet sein, um einen Fluchtversuch zu unterstützen, sowie Gewalttaten gegen sich oder andere vorzubereiten. Ein generelles Arbeitsverbot außerhalb der Zelle ⁵³⁶⁾ ist dagegen nur bei ganz besonderer Fluchtgefahr, sowie bei der Gefahr einer Begehung von Gewalttaten gegen andere Personen oder erhebliche Sachwerte möglich ⁵³⁷⁾. Eine Erhöhung der Selbstmordgefahr kann demgegenüber durch eine Verstärkung der Überwachung leicht ausgeschlossen werden ⁵³⁸⁾.

Die Wegnahme von Bekleidungsstücken (Nr. 63 Abs. 1 Nr. 4 UVollzO) sowie die Versagung oder Entziehung der Befugnis, eigene Kleidung und Wäsche zu benutzen (Nr. 63 Abs. 1 Nr. 5 UVollzO), sollte nur dann verfügt werden, wenn die Gefahr naheliegt, daß die Kleidungsstücke zu einem Selbstmordversuch benutzt werden. In allen anderen Fällen wird eine sorgfältige Kontrolle die angeführten Gefahren beseitigen.

Die in Nr. 63 Abs. 1 Nr. 6 UVollzO normierte Beschränkung oder zeitweilige Entziehung der täglichen Bewegung im Freien ⁵³⁹⁾ ist als besondere Sicherungsmaßnahme nicht erforderlich. Ein erhöhter Fluchtverdacht, sowie Selbstmord- und Selbstschädigungsgefahr können

536) Vgl. Nr. 63 Abs. 1 Ziff 3 UVollzO.

537) Die These Klee's, GA 1908 S. 263, der Untersuchungsgefangene habe kein Recht auf Arbeit, ist nicht mit dem geltenden Recht vereinbar. Vgl. aber Günther S. 63, der Klee zustimmt, und den Gefangenen zur Arbeitsaufnahme zwingen will, wenn die Anstaltsordnung es erfordert. Vgl. auch Baetzgen S. 47 ff.

538) Vgl. hierzu Glaubrecht, ZfStrVO 1961 S. 250.

539) Sie ist notwendig, um die Gesundheit des Häftlings zu erhalten. Vgl. OLG Hamburg Beschl. vom 29.1. 1959, NJW 1959 S. 903.

durch verstärkte Überwachung ohne Schwierigkeiten ausgeschaltet werden. Die Gefahr der Begehung von Gewalttaten gegen Personen kann dadurch vorgebeugt werden, daß der Betreffende allein oder unter besonderer Bewachung spazieren geht.

Die Beschränkung des Verkehrs mit der Außenwelt (Nr. 63 Abs. 1 Nr. 7 UVollzO) ist nur bei Fluchtgefahr und Verdacht der Begehung von Gewalttaten möglich. Bei Selbstmordgefahr kann diese Maßnahme nicht verhängt werden. In diesem Fall würde die durch eine Beschränkung des Besuchsverkehrs entstehende, negative psychische Auswirkung die Gefahr eher erhöhen als verringern. Eine andere Beurteilung rechtfertigt sich nur in dem seltenen Fall, in dem die aktive Unterstützung eines Selbstmordversuches durch Außenstehende zu befürchten ist.

Die Unterbringung in einer Beruhigungszelle (Nr. 63 Abs. 1 Nr. 9 UVollzO) widerspricht in der Regel dem geltenden Recht. Hierdurch wird weder die Fluchtgefahr, noch die Gefahr von Gewalttaten gegen sich und andere beseitigt, oder nennenswert gemindert. Lediglich einer Sachbeschädigung könnte vorgebeugt werden.

Abschließend sei noch auf den selbstverständlichen Grundsatz hingewiesen, daß alle Sicherungsmaßnahmen sofort aufgehoben werden müssen, wenn die Gefahr, die ihre Verhängung notwendig macht, weggefallen ist.

10. Hausstrafen

Die Disziplinalgewalt war eine der rechtlichen Erscheinungen, von denen der die Lehre zur Zeit des Rechtspositivismus auf das Phänomen der besonderen Gewaltverhältnisse stieß ⁵⁴⁰⁾. Die Lehre ging davon aus, daß in jedem besonderen Gewaltverhältnis dem Gewalthaber die Befugnis zustehen müsse, durch Anwendung von Zwangsmitteln gegen Störer vorzugehen. Die Diszi-

540) Vgl. hierzu Thoma, Polizeibefehl, S. 19; Laband I S. 484; G. Meyer S. 426.

plinstrafen bestehen in der Zufügung eines Übels. Der Katalog der Disziplinarstrafen reicht von der Mahnung bis hin zum Ausschluß aus der Gemeinschaft bei "freiwilligen" besonderen Gewaltverhältnissen.

Auf die rechtlich bedeutsame Unterscheidung zwischen Kriminal- und Disziplinarstrafe ⁵⁴¹⁾ kann an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden. Es sei lediglich darauf hingewiesen, daß die Disziplinarstrafe in der Regel keinen Vergeltungszweck verfolgt, sondern spezial- oder generalpräventiven Charakter aufweist ⁵⁴²⁾. Aus diesem Grunde kann eine Disziplinarstrafe auch neben einer Kriminalstrafe verhängt werden. Der im Rechtsstaat geltende Satz "ne bis in idem" kann insoweit keine Geltung beanspruchen ⁵⁴³⁾.

Eine besondere Begründung der Disziplinalgewalt für das Untersuchungshaftverhältnis bedarf es nicht ⁵⁴⁴⁾. Die zutreffende Feststellung, daß in einem Rechtsstaat eine genaue gesetzliche Fixierung des Katalogs der möglichen Disziplinarstrafen wünschenswert sei ⁵⁴⁵⁾, darf bei Fehlen einer gesetzlichen Regelung keinesfalls zur Ablehnung einer Bestrafungsmöglichkeit überhaupt führen. Die Disziplinarstrafe ist unumgänglich notwendig, um die Ordnung der Haftanstalt sicher zu stellen. Für Maßnahmen der Disziplinalgewalt gilt nichts anderes als für sonstige Rechtsbegrenzungen. Die Verhängung einer Disziplinarstrafe ist rechtmäßig, wenn die Prinzipien der Verhältnismäßigkeit ⁵⁴⁶⁾ und Erforderlichkeit beachtet werden.

541) Vgl. z. Begriff Karrasch S. 3 ff.

542) Vgl. OLG Bremen, Beschl. vom 14.10.1955, NJW 1956 S. 72; ebenso Löwe-Rosenberg Anm. III 7 b zu § 116 StPO.

543) Vgl. zum Verbrauch der Strafklage bei Verhängung einer Disziplinarmaßnahme Schwarz-Kleinknecht Einleitung 8 Bk.

544) Vgl. OLG Celle, Beschl. vom 27.2.1951, NJW 1951 S. 676; vgl. auch OLG München, Beschl. vom 15.12.1955, NJW 1956 S. 316; vgl. Schmidt-Leichner Anmerkung z. Beschl. d. OLG Frankfurt/M. vom 10.4.1952, NJW 1952 S. 799.

545) So schon Baetzgen S. 73; ebenso Kleinknecht, JZ 1953 S. 534 und Löwe-Rosenberg Anmerkung III 7 a zu § 116 StPO.

546) Auf die Beachtung dieses Prinzips weist das OLG Celle, Beschl. vom 27.2.1951, NJW 1951 S. 676 Leitsatz c hin.

Ein Sonderproblem liegt in der Frage, ob auch bei Verstößen gegen den Haftzweck die Verhängung einer Hausstrafe verfügt werden kann, so etwa, wenn ein Untersuchungsgefangener Verdunkelungshandlungen oder einen Fluchtversuch begeht⁵⁴⁷⁾. Die Verhängung einer Disziplinarstrafe ist in diesen Fällen m.E. nicht möglich⁵⁴⁸⁾. Das folgt im ersten Fall aus dem Prinzip der Straffreiheit der Selbstbegünstigung, im zweiten aus dem der Straflosigkeit der Selbstbefreiung. Ist schon die Verhängung einer Kriminalstrafe in diesen Fällen nicht möglich, so sollte dieser Gedanke trotz des rechtlichen Unterschiedes auch bei der Disziplinarstrafe Platz ergreifen.

Im Folgenden soll der Katalog der in der UVollzO aufgeführten Disziplinarstrafen betrachtet werden. Im Anschluß daran wird auf die Probleme des Disziplinarstrafverfahrens einzugehen sein.

Nr. 68 Abs. 1 Ziff. 1 UVollzO sieht als mildeste Hausstrafe den Verweis vor. Er besteht in einer Ermahnung, die mit dem Hinweis auf die Verhängung einer strengeren Strafe bei erneutem Verstoß gegen die Anstaltsordnung verbunden sein kann. Als weitere Disziplinarmaßnahme kennt die UVollzO die Beschränkung und Entziehung der dem Gefangenen zustehenden Rechte oder "bewilligten Vergünstigungen"⁵⁴⁹⁾. (Nr. 68 Abs. 1 Nr. 2 UVollzO). Hierzu zählt die UVollzO das Verbot der Selbstbeschäftigung, das Verbot der Benutzung selbstbeschafften oder anstaltseigenen Lesestoffes, das Verbot der Teilnahme an gemeinsamen Veranstaltungen, die Entziehung des Rechts der Selbstbeköstigung und der Beschaffung von Zusatznahrung und Genußmitteln, die Aufhebung der Erlaubnis zur verlängerten Tellenbeleuchtung etc. Die Verhängung dieser Maßnahmen ist in der Regel bedenkenfrei.

547) Bejahend Löwe-Rosenberg Anmerkung III 7 zu § 116 StPO.

548) Vgl. auch Klee, GA 1908 S. 269 f.

549) Die UVollzO erkennt, daß es sich nicht um Vergünstigungen, sondern um Rechte des Untersuchungsgefangenen handelt.

Nach Nr. 68 Abs. 1 Ziff. 3 UVollzO ist es möglich, den schriftlichen und mündlichen Verkehr des Untersuchungsgefangenen mit der Außenwelt zu beschränken oder einzustellen. Bei einer Beschränkung des Briefverkehrs darf der Gefangene nach der UVollzO einer beliebigen Person Kenntnis von dieser Maßnahme geben. Die Beschränkung des Verkehrs mit der Außenwelt muß im Hinblick auf die besondere Situation des Untersuchungsgefangenen als unverhältnismäßig angesehen werden. Der Gefangene ist bereits weitestgehend von dem Verkehr mit der Umwelt ausgeschlossen. Es ist oben dargelegt worden, wie sehr er in der Regel unter dieser Tatsache leidet. Es sollte daher davon abgesehen werden, den Abschluß des Gefangenen von der Außenwelt noch undurchdringlicher zu gestalten, als es die Haft selbst unbedingt erforderlich macht.

Des weiteren muß die Verhängung solcher Maßnahmen eingestellt werden, die ein körperliches Übel mit sich bringen ⁵⁵⁰⁾. Solche Strafen erscheinen als unverhältnismäßig und im Hinblick auf die Möglichkeit des Entzuges der in Nr. 68 Abs. 1 Nr. 2 UVollzO aufgezählten Rechte als nicht erforderlich. Ein weiteres, nicht auszuräumendes Bedenken begegnet diesen Disziplinarstrafen aus der Vorschrift des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG. Danach dürfen festgehaltene Personen weder seelisch noch körperlich mißhandelt werden. Unter körperlicher Mißhandlung im Sinne dieser Norm ist in Übereinstimmung mit der Auslegung des § 223 StGB eine Behandlung zu verstehen, die das körperliche Wohlbefinden und die körperliche Unversehrtheit verletzt ⁵⁵¹⁾. Eine solche Behandlung ist in der durch Nr. 68 Abs. 1 Nr. 4 vorgesehenen Beschränkung der Bewegung im Freien zu erblicken. Es ist an den Beschluß des OLG Hamburg ⁵⁵²⁾ vom 29.1.1959 zu erinnern, in dem das Gericht feststellt, daß die in Nr. 55 Abs. 2 UVollzO

550) So auch Karrasch S. 226.

551) Hierzu Maunz-Dürig Anm. 21 f zu Art. 104 GG.

552) Beschl. d. OLG Hamburg vom 29.1.1959, NJW 1959 S. 903.

angeführte Mindestzeit für den täglichen Spaziergang von 30 Minuten aus gesundheitlichen Gründen nicht unterschritten werden dürfe. Auch die Verhängung der in Nr. 68 Abs. 1 Nr. 5 - 7 UVollzO vorgesehenen Maßnahmen ist unzulässig. Danach soll die Schmälerung der Kost, die Anordnung harten Lagers und die Verbringung in Arrest erlaubt sein. Unter Arrest ist dabei nach Nr. 71 UVollzO eine Einzelhaft zu verstehen, während der der Gefangene von der Außenwelt völlig abgeschnitten wird, von der Bewegung im Freien ausgeschlossen ist, sowie hartes Lager und eine Beschränkung der Verpflegung auf Wasser und Brot auf sich nehmen muß⁵⁵³⁾. Hierin liegt eine körperliche Beeinträchtigung und damit ein Verstoß gegen Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG.

Das Verfahren, in welchem die Hausstrafe verhängt wird, ist in den Einzelheiten seiner rechtlichen Ausgestaltung sehr umstritten. Unproblematisch ist zunächst, daß die Verhängung einer Disziplinarstrafe einen schuldhaften Verstoß des Betroffenen gegen die Sicherheit und Ordnung der Haftanstalt voraussetzt. Die Schuld umfaßt hierbei vorsätzliches und fahrlässiges Verhalten⁵⁵⁴⁾. Unbestritten ist weiterhin, daß allein der Richter befugt ist, eine Disziplinarmaßnahme anzuordnen⁵⁵⁵⁾. Der Richter ist bei seiner Entscheidung an den Gleichheitssatz gebunden⁵⁵⁶⁾. Die im Hausverfahren oft erhobene Einwendung, es liege ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz vor, ist berechtigt, wenn der Richter mit der im Einzelfall vorgenommenen Bestrafung von einer ständigen Praxis abgewichen ist⁵⁵⁷⁾.

553) Löwenstein S. 280 sieht hierin einen Verstoß gegen den Grundsatz von möglichstster Schonung der Ehre und Person des Häftlings.

554) Vgl. hierzu Altenhain, JVB1. 1964 S. 159 unter Hinweis auf den unveröffentl. Beschl. d. OLG Schl.H. v. 4.12.1962 (VAs 5/62) und OLG Hamm v. 10.6.1964 (VAs 28/64).

555) Marx S. 463 f. fordert, daß de lege ferenda die Anordnungsbefugnis auf den Anstaltsleiter übergehen solle. Vgl. hierzu Baetzgen S. 68 ff.

556) Hierzu Altenhain, JVB1. 1964 S. 159.

557) Vgl. aber auch die von Grunau, ZfStrVO 1964 S. 80 wiedergegebene Entscheidung des OLG Hamburg v. 14.11.1960 (VAs 10/60): Es gelte das Opportunitätsprinzip.

Fraglich ist der Umfang der Aufklärungspflicht im Disziplinarstrafverfahren. Nach Ansicht des OLG Hamm ⁵⁵⁸⁾ hat der Betroffene keinen Anspruch auf Vernehmung aller Augen- und Ohrenzeugen. Die Aufklärungspflicht gehe bedingt durch die Anstalts-situation und den Charakter der Strafe im allgemeinen weniger weit als im Strafverfahren. Dem ist nicht beizupflichten. Der betroffene Untersuchungsgefangene hat einen Anspruch auf völlige Klärung des Sachverhalts und damit auf Anhörung sämtlicher Augen- und Ohrenzeugen.

Bestritten ist weiterhin, ob der Richter den Betroffenen und die Zeugen selbst anhören muß und bejahendenfalls, ob dies schriftlich oder mündlich zu geschehen habe, oder ob es genügt, daß die Anhörung des Untersuchungsgefangenen entsprechend Nr. 69 Abs. 1 UVollzO durch den Anstaltsleiter erfolgt. Das OLG Hamm ⁵⁵⁹⁾ hält die Anhörung des Betroffenen durch den Richter selbst nicht für erforderlich ⁵⁶⁰⁾. Eine solche Pflicht ergebe sich vor allem nicht aus der Tatsache, daß allein der Richter die Strafe verhängen könne. Auch im Strafbefehlsverfahren werde der Beschuldigte in der Regel von anderen Personen als vom Richter vernommen. Wenn der Richter hier sogar eine kriminelle Strafe verhängen könne, dann müsse das für eine Hausstrafe erst recht gelten ⁵⁶¹⁾. Die-

558) Vgl. OLG Hamm, Beschl. vom 30.10.1952, NJW 1953 S. 356.

559) OLG Hamm, Beschl. vom 30.10.1952, NJW 1953 S. 356; ebenso Löwe-Rosenberg Anm. III 7 zu § 116 StPO.

560) Es schließt dies zunächst übertrieben positivistisch aus dem Wortlaut des § 116 Abs. 5 StPO a.F. Unter "Verfügung" im Sinne dieser Norm falle nicht das Anhören des Gefangenen.

561) Kleinknecht, JZ 1953 S. 534 stimmt dieser Entscheidung unter Mitwirkung auf §§ 21, 22 Bundesdisziplinarordnung zu.

ses Argument ist jedoch in Anbetracht der im Strafbefehlsverfahren gegebenen Einspruchsmöglichkeit und der damit letztlich gewährleisteten richterlichen Anhörung nicht zutreffend. Ebensovienig überzeugt das Argument Gottwald's ⁵⁶²⁾, der sich gegen einen Beschluß des OLG Frankfurt a.M. ⁵⁶³⁾ wendet und der Ansicht ist, daß die Anhörung durch das Gericht in der Praxis zu einer Verzögerung führen würde. Da jedoch die Hausstrafe naturgemäß an Wirksamkeit verliere, je größer der zeitliche Abstand zwischen dem Verstoß und der Verhängung der Strafmaßnahme werde ⁵⁶⁴⁾, sei diese Verzögerung untragbar. Diese Auffassung widerspricht dem in Art. 103 Abs. 1 GG normiertem Prinzip des rechtlichen Gehörs. Dieses Prinzip verlangt, daß dem Betroffenen die Möglichkeit verschafft wird, zu allen, ein Gerichtsverfahren betreffenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen Stellung zu nehmen. Die Praxis hat dieses Recht auf das Verwaltungsverfahren ausgedehnt, falls in ihm ein Eingriff in die Rechtstellung des Betroffenen erfolgen soll ⁵⁶⁵⁾. Ein solcher Sachverhalt ist bei der Verhängung einer Hausstrafe gegen einen Untersuchungsgefangenen gegeben ⁵⁶⁶⁾. Das rechtliche Gehör ist gewährt, damit die Äußerungen des Betroffenen den Ausgang des Verfahrens beeinflussen können. Diese Möglichkeit ist jedoch auf ein nicht mehr vertretbares Minimum reduziert, wenn eine andere Stelle als die, welche die endgültige Ent-

562) Gottwald in Anm. zum Beschl. des OLG Frankfurt/M. v. 10.4.1952, NJW 1952 S. 799.

563) Vgl. OLG Frankfurt/M. Beschl. vom 10.4.1952, NJW 1952 S. 799 mit zustimmender Anmerkung von Schmidt-Leichner.

564) Auf diesen Gesichtspunkt weist auch das OLG Celle Beschl. vom 27.2.1951, NJW 1951 S. 676 hin. Das OLG Bremen Beschl. vom 14.10.1955, NJW 1956 S. 72 meint sogar, eine Bestrafung 2 Wochen nach der Tat und nach der Verlegung des Häftlings in eine andere Haftanstalt sei aufzuheben. Vgl. auch Klee, GA 1908 S. 271,

565) Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 217; Maunz-Dürig Anm. 92 zu Art. 103 GG.

566) So auch Kleinknecht, JZ 1953 S. 534.

scheidung trifft, die Ausführungen des Betroffenen entgegennimmt ⁵⁶⁷⁾. Daher muß die Anhörung durch den entscheidungsbefugten Richter erfolgen. Entgegen Schmidt-Leichner ⁵⁶⁸⁾ ist es jedoch als ausreichend anzusehen, wenn die Möglichkeit s c h r i f t l i c h e r Äußerung gegeben ist.

Gegen den Untersuchungsgefangenen dürfen daher nur solche Disziplinarmaßnahmen verhängt werden, die weder mit einer physischen noch mit einer übermäßigen psychischen Beeinträchtigung verbunden sind. Im Hausstrafverfahren ist eine vollständige Aufklärung des Sachverhaltes notwendig. Hierzu bedarf es der Anhörung aller Ohren- und Augenzeugen. Weiterhin erfordert das Prinzip des rechtlichen Gehörs eine - gegebenenfalls schriftliche - Anhörung des Betroffenen durch den mit der Entscheidung befaßten Richter.

567) Im Ergebnis ebenso: Beschl. des OLG Frankfurt/M. vom 15.10.1952, NJW 1953 S. 118.

568) Schmidt-Leichner in Anmerkung zum Beschl. des OLG Frankfurt/M. vom 10.4.1952, NJW 1952 S. 800. Ebenso wie Schmidt-Leichner: OLG Frankfurt/M. Beschl. vom 15.10.1952, NJW 1953 S. 118.

L e b e n s l a u f

Am 4. Oktober 1939 wurde ich in Siebenlehn Krs. Meißen als Sohn eines Arztes und Zahnarztes geboren. Nach neunjährigem Besuch des erzbischöflichen Internats in Warburg/Westf. legte ich mein Abitur am dortigen humanistischen Gymnasium ab. Im Anschluß hieran studierte ich 7 Semester Rechtswissenschaften an den Universitäten in Saarbrücken, Hamburg und Freiburg. Am 15. Juni 1964 bestand ich in Freiburg mein 1. juristisches Staatsexamen. Zur Zeit befinde ich mich im Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg.

